



Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ

**Numer 3/2014 (16)
www.ipp.tbsp.pl
ISSN-1689-9601**

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ



Numer 3/2014 (16)
www.ipp.tbsp.pl
ISSN-1689-9601

Szesnasty numer
Internetowego Przeglądu Prawniczego TBSP UJ

Publikacja wydawana przez
Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa UJ

Autorzy

Marcin Banasik
Kamil Burski
Jakub Puciato
Magdalena Danek
Anita Garnuszek
Mateusz Popiel

Projekt graficzny i skład

Przygotownia Pracownia DTP i Grafiki
www.przygotowniadtp.pl

Korekta

Mariusz Kowalczyk

Kolegium Redakcyjne Internetowego Przeglądu Prawniczego TBSP UJ

Mateusz Pacak (Redaktor Naczelny)
Kamil Mamak
Marcin Kaliński
Małgorzata Chudzik
Joanna Belowska

Adres redakcji

Straszewskiego 25/9
31-007 Kraków
e-mail: redakcja.ipp@tbsp.pl
www.ipp.tbsp.pl
© by tbsp uj

Spis treści

Marcin Banasik	05
<i>Od dewiacji do poszanowania prawa, czyli uwagi na tle braku empatii w ujęciu Simona Barona-Cohana</i>	
From Deviation to the Respect for Law – Remarks on the Lack of Empathy in the View of Simon Baron-Cohen	
Kamil Burski	22
<i>Prawne aspekty funkcjonowania bankowości spółdzielczej w latach 1945–1989. Studium historyczno-prawne</i>	
Legal Aspects of the Cooperative Banking in 1945–1989. A Historical-legal Study	
Jakub Puciato, Magdalena Danek	45
<i>A Game-theoretic Explanation for the Emergence of the Second-order Rule of Justice Pacta Sunt Servanda</i>	
<i>O podstawach i pochodzeniu zasady pacta sunt servanda w świetle analizy matematycznej opartej na teorii gier</i>	
Anita Garnuszek	59
<i>May a State Justify Infringement of Investors' Rights by Financial Necessity?</i>	
<i>Czy państwo może powoływać się na stan wyższej konieczności jako usprawiedliwienie swoich czynów naruszających prawa inwestorów?</i>	
Mateusz Popiel	77
<i>Ewolucja międzynarodowego sądownictwa karnego</i>	
Evolution of International Criminal Justice – International Criminal Court	

Od dewiacji do poszanowania prawa, czyli uwagi na tle braku empatii w ujęciu Simona Barona-Cohana

Abstract

The following paper analyzes the problem of the lack of empathy, which S. Baron-Cohen made a subject of his analysis in *The science of evil – On empathy and the origins of cruelty*. By stressing elements of empathy/lack of empathy and its biological and social circumstances, the author makes reference of this phenomenon to social systems including a legal system. He focuses on finding fields of interaction between lack of empathy and an approach to law, especially administrative law. Interestingly, lack of empathy does not always have to lead to social deviations because, in the case of people with tendencies to schematization and systematization, learning of lawful behavior and therefore binding force of law is subject to enforcement. The author discusses biological and social reasons for the lack of empathy as a phenomenon related to an individual, the effects of which have social dimension; which corresponds with the understanding of empathy as the result of people's collective experience on the one hand, and the result of evolution on the other. The paper ends with the author's own definition of empathy: an ability to predict consequences of actions from the point of view of socially desirable values.

¹ Autor jest doktorantem w Katedrze Postępowania Administracyjnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Streszczenie

Niniejszy artykuł zawiera analizę zjawiska braku empatii, które przedmiotem rozważań w rozprawie *The science of evil – On empathy and the origins of cruelty* uczynił Simon Baron-Cohen. Przez wyróżnienie składników empatii/braku empatii oraz jej uwarunkowań biologicznych i społecznych następuje odniesienie tego zjawiska do systemów społecznych, w tym systemu prawnego. Analiza koncentruje się na znalezieniu obszarów interakcji pomiędzy brakiem empatii a stosunkiem do obowiązującego prawa, w tym w szczególności do prawa administracyjnego. Co ciekawe, brak empatii nie zawsze musi prowadzić do dewiacji społecznych, gdyż w przypadku osób ze skłonnościami do schematyzacji i systematyzacji nauka zachowań praworządnych, a co za tym idzie – obowiązywanie prawa, ulega wzmocnieniu.

Prowadzone są również rozważania na temat biologicznych i społecznych podstaw braku empatii jako zjawiska ściśle indywidualnego i związanego z jednostką, ale którego skutki mają wymiar społeczny, co koresponduje z rozumieniem empatii jako po części wyniku zbiorowego doświadczenia ludzi, a po części ewolucji. Pracę wieńczy sformułowanie autorskiej definicji empatii, za którą uważa się: zdolność do przewidywania konsekwencji podejmowanych działań z punktu widzenia społecznie pożądaných wartości.

I. Wprowadzenie

Simon Baron-Cohen w rozprawie *The science of evil – On empathy and the origins of cruelty*² stara się odpowiedzieć na stawiane od zarania dziejów pytanie o źródło i strukturę zjawiska zła. Czyniąc rozważania o fenomenie zła, autor stara się nadać mu wymiar naukowy, odcinając się od konotacji teologicznych i religijnych. W celu odpowiedzi na pytanie o jego genezę i ludzką podatność na kierowanie się (czynienie)³ złem, wprowadza poję-

² S. Baron-Cohen, *The science of evil. On empathy and the origins of cruelty*, Cambridge 2011.

³ Dystynkcja ta nie pozostaje całkowicie bez znaczenia, bowiem kierowanie się złem zakłada intencjonalne zachowanie (działanie/zaniechanie) podejmowane z powodu pragnienia czynienia zła, z motywacji niskiej, chęci ustalenia konsekwencji swojego działania w sposób, który multiplikuje ilość cierpienia innych osób. Czynienie zła natomiast często może być wynikiem nie założonego z góry planu, ale działań podejmowanych z pobudek ocenianych w chwili akcji sprawczej jako dobre, pozytywne, potęgujące dobrobyt społeczny, których konsekwencje dopiero okazują się być złe. Rozróżnienie to można wyprowadzić z pracy Wojciecha Załuskiego *O empatii i jej znaczeniu dla moralności i prawa*, gdzie autor dokonuje oceny empatii w kontekście podstawy do budowania etyki. Załuski ostatecznie stwierdza, że „współodczuwanie”, czyli empatia, jest wartościowa moralnie wówczas, gdy jest współodczuwana z innymi wartościami wartymi współodczuwania (nie jest przez to „samoistna

cie empatii, za pomocą którego potoczny, nie do końca określony i nienaukowy termin „zło” nabiera waloru przedmiotu badania naukowego.

Autor, starając się wyjaśnić zło i ludzkie okrucieństwo, posługuje się opisem szeregu mechanizmów działania ludzkiej empatii zaobserwowanych i opisanych na osobach, które popełniły czyny powszechnie uznane za złe i zasługujące w społecznej ocenie na potępienie. Co ciekawe, Baron-Cohen twierdzi, że kategorie zła i empatii są stopniowalne i każdy z nas umiejscowiony jest gdzieś na linii *spectrum* tego zjawiska, wykazując mniejsze lub większe predyspozycje do bycia okrutnym. Co więcej, analizowane opracowanie wpisuje pojęcie zła w kategorie nie tylko społeczne, ale i biologiczne, co przekłada się (choć autor bezpośrednio tego nie wyraża) w szerszej perspektywie na determinizm zła i jego nieuchronną obecność w ludzkim genotypie. Takie ujęcie sprawy byłoby bardzo pesymistycznie, lecz warto już na tym etapie rozważań zaznaczyć, że determinizm ten, przy spełnieniu określonych warunków, wydaje się być możliwy do opanowania.

II. Poziomy empatii

W ocenie angielskiego profesora ludzi można podzielić, w zależności od ilości posiadanej zdolności empatii, na siedem kategorii – od stopnia 0 do stopnia 6⁴. Jak podpowiada nam intuicja, na poziomie 0 spotkamy osoby w ogóle nieposiadające zdolności empatii, na poziomie 1 jednostki z silnie, prawie do zera zredukowanym poziomem empatii itd., aż do poziomu 6. Według autora charakteryzuje on osoby odznaczające się nadzwyczajną ofiarnością, zainteresowaniem oraz przeżywaniem wraz z innymi ludźmi ich rozterek, problemów i uczuć.

Oczywiście interesujące, z punktu widzenia genezy zła, są przeważnie niskie indeksy kategorii empatii, zaś ucieleśnieniem idei przewodniej książki stał się zerowy poziom empatii, którego analiza zajmuje główną przestrzeń rozważań. W tym kontekście do-

etycznie”) oraz że jest z natury stronnicza, przez co wyklucza budowę abstrakcyjnej i uniwersalnej etyki zdeterminowanej samą empatią (W. Załuski, *O empatii i jej znaczeniu dla moralności i prawa*, <http://www.academia.edu/1509929>, s. 12–13, dostęp: 3.04.2014 r.). Zło/brak empatii może być zatem zarówno celem i motywacją podjęcia jakiegoś zachowania, jak i powstawać jako „produkt uboczny” zachowań pozornie neutralnych, a przynajmniej nieumotywowanych złem/brakiem empatii. Co istotne, w mojej ocenie odpowiedź na pytanie, z którym wariantem zła mamy do czynienia, możliwa jest dopiero *ex post* – po zaistnieniu zjawiska podlegającego ocenie wartościującej. Na etapie podejmowania działania/zaniechania wszelkie dywagacje na temat zła jako motoru działania pozostają jedynie czystą spekulacją, ponieważ konsekwencje będą możliwe do oceny w kategorii zła/dobra, empatii/braku empatii dopiero następnie i ściśle indywidualnie.

⁴ S. Baron-Cohen, *op.cit.*, s. 23–27.

konywane jest rozróżnienie zero-negatywnego i zero-pozytywnego poziomu empatii⁵. W zależności od tego, czy dana osoba na poziomie zerowym jest zero-negatywna czy też zero-pozytywna, możemy mówić (w uproszczeniu), że przy braku odpowiedniego przeżywania emocji i uczuć innych ludzi osoba taka może odpowiednio być zagrożeniem dla otoczenia lub być społecznie pożyteczna.

1. Poziom zero-negatywny

Na poziomie zero-negatywnym wyróżniamy za autorem osobowości typu B, typu P oraz typu N – odpowiednio graniczną (chwiejną), psychopatyczną oraz narcystyczną. Osobowość graniczna, czyli typ B, w ocenie Barona-Cohana charakteryzuje się wysokim stopniem niestabilności emocjonalnej oraz nieumiejętnością współpracy z innymi. Typ B odczuwa permanentną obawę przed samotnością i odrzuceniem – za wszelką cenę stara się ułożyć sobie relacje z otoczeniem według własnego planu, nie uwzględniając przy tym uczuć i oczekiwań innych osób⁶. Granicznicy nie umieją znaleźć spokojnej przystani w wyważonej wartości w stosunku do innych osób, są labilni i cierpią z powodu zbyt silnej interakcji z otoczeniem lub z powodu braku takiej interakcji. Przyczyną zrodzenia się osobowości typu B jest najczęściej ignorowanie przez rodziców potrzeb dziecka we wczesnym etapie rozwoju oraz zachowania związane z zaniedbywaniem i wykorzystywaniem, w tym zwłaszcza seksualnym, dzieci⁷. Osoby po tego rodzaju traumatycznych przejściach bardzo często w dorosłym życiu skoncentrowane są jedynie na sobie, gdyż poziom ich empatii nie rozwinął się w kierunku współpracy i kooperacji z innymi⁸.

Przedstawiciele osobowości typu P to zazwyczaj klasyczni psychopaci wykazujący skłonności do okrucieństwa i skalkulowanego, metodycznego postępowania z innymi osobami. Co ciekawe, u psychopatów możemy zaobserwować te same objawy skoncentrowania się na własnej osobie co w osobowości typu B, niemniej jednak osobowość typu P działa bardziej bezwzględnie, nieraz dosłownie stosując zasadę „po trupach do celu”⁹. Psychopaci często nie tylko wybierają okrucieństwo jako środek do osiągnięcia obranego celu, ale sam widok cierpienia innych osób sprawia im przyjemność i wywołuje satysfakcję. Baron-Cohen podkreśla, powołując się na koncepcję Hervey’a Cleckley’a, że

⁵ *Ibidem*, s. 43 i nast.

⁶ *Ibidem*, s. 59.

⁷ *Ibidem*, s. 60–62.

⁸ S. Baron-Cohen zauważa jednak, że zależność pomiędzy traumatycznym dzieciństwem a osobowością typu B nie ma charakteru bezwzględnego i nie jest stuprocentowa (*Ibidem*, s. 62).

⁹ *Ibidem*, s. 64–65.

psychopaci nie powinni być utożsamiani jedynie z łamaniem prawa i wyrządzaniem komuś krzywdy. Równie dobrze ich agresja może przybierać bardziej subtelny wyraz i wyrażać się przez znęcanie psychiczne czy też postawę makiaweliczną¹⁰. Przyczyna zachowań psychopatycznych upatrywana jest w zaburzeniach okresu dzieciństwa i dojrzewania, w szczególności w wykorzystywaniu seksualnym oraz przemocy. Nie są to jednak czynniki zapewniające dokładną sprawdzalność wpływu, bowiem trudne dzieciństwo i odrzucenie przez rodziców może przełożyć się w dorosłym życiu zarówno na psychopatię, jak i rozbudowany system empatii¹¹.

Powyższe zastrzeżenie jest dla profesora z Cambridge przyczynkiem do wprowadzenia pojęcia *internal pot of gold* oraz przeprowadzenia analizy umysłu oraz struktury mózgu psychopatów. *Internal pot of gold* definiowany jest jako zespół wartości przekazany dziecku przez rodzica/opiekuna we wczesnym etapie rozwoju, w oparciu o który młody człowiek buduje swoje relacje ze światem i kształtuje zdolność empatii/współodczuwania. Właściwa socjalizacja i wychowanie prowadzą zatem do pomnożenia otrzymanego w dzieciństwie „garnka złota”, zaś zaniedbanie i wykorzystywanie albo z natury rzeczy wyklucza otrzymanie *internal pot of gold*, albo prowadzi do jego deprecjacji, a w konsekwencji – często i psychopatii¹².

Baron-Cohen w swym dziele wnioskuję, że psychopaci mają problemy z wyrażaniem uczuć, a tym samym sprawia im trudność odnalezienie dwóch komponentów empatii – rozpoznania i współodczuwania. Te dwa elementy, czyli umiejętność rozpoznania sytuacji wymagającej współodczuwania i zdolność samego współodczuwania, w ocenie autora składają się na rzeczywiste zjawisko empatii¹³.

Analizując mózgi i neurony psychopatów, angielski psycholog stwierdza, że przejawiają one anomalie w postaci: mniejszej aktywności obszarów odpowiedzialnych za zdolność interakcji; uszkodzeń części odpowiedzialnej za zachowania afektywne, co skutkuje zmniejszonym poczuciem winy, zmieszania i brakiem dyscypliny w regulacji swoich zachowań; brak wykształtowania systemu redukcji poziomu przemocy, tzw. *VIM (Violence Inhibition Mechanism)*; stresowe zaburzenia działania obszaru ciała migdałowatego itp.¹⁴.

¹⁰ *Ibidem*, s. 70. Autor, określając takie osoby „wężami w garniturach”, powołuje się na pracę H. Cleckley’a, *The Mask of Sanity: An attempt to clarify some issues about the so-called psychopathic personality*, St. Louis 1982.

¹¹ S. Baron-Cohen, *op.cit.*, s. 70–71.

¹² *Ibidem*, s. 74–75.

¹³ *Ibidem*, s. 76. Warto dodać, że w ocenie S. Barona-Cohana na zaburzenie w rozwijaniu tych dwóch komponentów wpływać może wiele czynników, takich jak: status społeczno-ekonomiczny, iloraz inteligencji, brak umiejętności wykształtowania strachu przed ukaraniem, brak umiejętności przewidywania konsekwencji własnych działań itd.

¹⁴ *Ibidem*, s. 84–88.

Wskazane odchylenia somatyczne osobników o skłonnościach psychopatycznych są dla angielskiego naukowca jednym z dowodów, że ludzkie zło, czyli naukowa redukcja empatii, nie jest zjawiskiem czysto społecznym, ale w pewnej mierze uwarunkowanym biologią.

Trzeci rodzaj osobowości zero-negatywnej to typ N, czyli narcyzm. Osobniki narcystyczne przejawiają skłonności do podporządkowania i skupienia na sobie uwagi innych osób. Jak podkreśla autor, narcyzm może przybierać u poszczególnych osób różne warianty w zależności od uwarunkowań biologicznych i środowiskowych – od przejawów samolubstwa i egocentryzmu po bycie seryjnym mordercą¹⁵. Od osobowości granicznej i psychopatycznej narcyzm odróżnia się głównie tym, że osoby z tą przypadłością często nie potrzebują interakcji z innymi ludźmi i zamiast relacji dwustronnych wolą samotność. Ponadto klasyczny narcyz uważa się za osobę o wiele lepszą od innych ludzi i traktuje ich przedmiotowo, często wykorzystując do własnych, partykularnych celów. W słabo rozwiniętym stadium narcyzm może znajdować uzasadnienie w wspomaganiu asertywności i wzmacnianiu pewności siebie, ale przejawiany w stopniu silnym świadczy o zaburzeniach zdolności empatii, zarówno na poziomie rozpoznania, jak i współodczuwania¹⁶. W przypadku osobników narcystycznych wyrządzanie zła innym niekoniecznie musi być motywem ich działania, niemniej jednak skutek biernej postawy względem potrzeb innych oraz maksymalnego skoncentrowania na sobie, zło staje się rezultatem podjętego przez nich zachowania. Uprawnione jest zatem stwierdzenie, że nie-złym motywom zachowania można przypisać złe skutki.

Wszystkie trzy wskazane powyżej zero-negatywne zaburzenia osobowości, związane z nieaktywnością obszaru empatii w mózgu, są tzw. zaburzeniami permanentnymi, które świadczą o trwałej dewiacji myślenia i zachowania¹⁷. Dla odróżnienia istnieją również przejściowe zaburzenia osobowości związane ze stresem, zmęczeniem, nadużywaniem alkoholu lub innych środków itd., które po pewnym czasie mijają; u dotkniętych nimi osób powraca poczucie winy, wstydu, współczucia i inne przejawy empatii.

¹⁵ *Ibidem*, s. 92.

¹⁶ Uzasadnione wydaje się jednak twierdzenie, że narcyzm oznacza dysfunkcję głównie w sferze współodczuwania, czyli zdolności do współczucia i okazania pomocy innym ludziom. Często bowiem może być tak, że narcyz zdaje sobie sprawę z tragicznego położenia innej osoby, jednak jego „wewnętrzne sterowanie” nie pozwala mu być empatycznym.

¹⁷ *Ibidem*, s. 93–94.

2. Poziom zero-pozytywny

Brak empatii opisywany przez Barona-Cohana posiada nie tylko wymiar społecznie negatywny. W określonych wypadkach brak afektywności i zdolności do rozpoznania i odczuwania z innymi może prowadzić do pozytywnych rezultatów. Dzieje się tak w przypadku osób dotkniętych zespołem Aspergera, który sprawia, że zaburzenia w obszarze empatii normalizowane są przez fantastyczne właściwości mózgu¹⁸, takie jak zdolność do zapamiętywania ogromnej ilości zdarzeń oraz silna systematyzacja i poszukiwanie schematów w celu opisanie i nauczenia się otaczającego świata. Co ciekawe, na płaszczyźnie neuronalnej osoby z syndromem Aspergera wykazują podobne odchylenia od normy, co osobniki dotknięte zaburzeniami typu zero-negatywnego (mała aktywność obszaru empatii, słabo pracujące ciało migdałowate, spadek aktywności systemu neuronów lustrzanych¹⁹ przy poleceniu naśladowania mimiki innych osób²⁰). Taka konstatacja z kolei sprawia, że można rozszerzyć wywód angielskiego psychologa o stwierdzenie, iż zero-pozytywność zaburzeń empatii ma (przynajmniej na obecnym poziomie wiedzy) podłoże bardziej środowiskowe/społeczne niż neuronalne. Przy takim założeniu zło czy – jak kto woli – niski poziom empatii nie jest zdeterminowany i zakodowany w ludzkim genotypie (a przynajmniej nie tylko tam), dzięki czemu istnieje nadzieja, że fatalny determinizm, który z tego wynika, jest możliwy do opanowania.

Poskromienie zła, czyli opanowanie na gruncie społecznym niskiej aktywności obszarów mózgu odpowiedzialnych za empatię lub jej brak, następuje wskutek posiadania dużych zdolności do stosowania systematyzacji i schematyzacji. Autystyczni osobnicy, których opisuje Baron-Cohen, przejawiają skłonności do poszukiwania schematów w całym otaczającym świecie, dzięki czemu potrafią nauczyć się odpowiednich wzorców – tak praw fizyki, zasad przyrody, działań matematycznych, jak i zachowań społecznych²¹. Kluczową rolę odgrywa w tym procesie zjawisko powtarzalności zjawisk, które sprawia, że autystyczny mózg jest w stanie zapamiętać schemat, w jaki wpisane jest dane zdarzenie, obiekt czy zależność. Systematyzacja wyrabia nawyk posłuszeństwa regułom

¹⁸ *Ibidem*, s. 96.

¹⁹ Niezwykle ciekawe rozważania na temat neuronów lustrzanych i ich miejsca w procesie poznawania norm społecznych przeprowadził Bartosz Brożek m.in. w rozprawie *Normatywność prawa*. Autor ten przekonująco dowodzi, że system neuronów lustrzanych leży u podstaw normatywności, odpowiadając na poziomie neuronalnym za biologiczne uwarunkowania do działań wspólnych. Por. B. Brożek, *Normatywność prawa*, Warszawa 2012, s. 223–267. Jeśli przyjmiemy, że empatia jako zjawisko niesamoistne i odwołujące się do wartości zewnętrznych jest kategorią z natury rzeczy interakcyjną, to uprawnione wydaje się twierdzenie, że system neuronów lustrzanych na poziomie komórkowym ma istotne znacznie również dla empatii.

²⁰ S. Baron-Cohen, *op.cit.*, s. 100–102.

²¹ *Ibidem*, s. 96.

i fascynacji nimi, który pozwala osobnikom o neuronowo niskiej aktywności obszarów empatycznych zachowywać się w sposób nieodbiegający od osobników o normalnym, przeciętnym poziomie empatii. W tym wypadku wiedza o zachowaniach społecznych przekłada się na posłuszeństwo normom społecznym z powodu nabycia wiedzy o nich i wyrobieniu w sobie chęci podporządkowania się schematowi.

Opanowanie wzoru zobrazowane jest przez angielskiego naukowca na przykładzie obserwacji zjawiska i wyłapywania w nim przez obserwatora powtarzających się elementów, a następnie przewidywania kolejnych. Wraz ze zwiększeniem ilości prób oraz poświęconego czasu i uwagi, a często też przez dołożenie własnego działania²² obserwator zauważa nie tylko właściwości obserwowanego zjawiska, ale również mechanizm, który nim kieruje. Stosując duże uproszczenie – jeśli przedmiotem obserwacji jest np. norma prawna, a mechanizmem np. proces prawodawczy, to wówczas obserwator, poznając zasady zmiany prawodawczej i jej procedurę, będzie przestrzegał normy prawnej dopóty, dopóki nie nastąpi zmiana prawodawcza zgodna z mechanizmem, którego się nauczył.

Oczywiście stopień systematyzacji i skłonność do schematów może mieć bardzo różny stopień nasilenia, lecz w przypadku osobowości zero-pozytywnej prowadzi do wyrobienia bardzo trwałego i silnego kodu moralnego. Ekstremalna wiedza o zjawisku połączona z systematyzacją sprawia, że neuronalna podatność na brak empatii, czyli na zachowania w potocznym rozumieniu złe, zostaje zastąpiona zachowaniami zgodnymi z regułami. Rzecz jasna wartość etyczna tych reguł może być bardzo różna (przez co systematyzacja może doprowadzić do negatywnych konsekwencji w postaci przyswojenia kodu niemoralnego), niemniej jednak jako że zdecydowana większość reguł rządzących światem jest z natury konstruktywna, to opisana systematyzacja przeciwdziała deterministycznej, biologicznej skłonności do braku empatii.

3. Geny źródłem zła?

Poczyniony przez Barona-Cohana wniosek, że istnieją zarówno osoby zero negatywne, które nie były zaniegdywane/wykorzystywane w dzieciństwie i miały zapewnione prawidłowe warunki rozwoju, jak i osoby zero pozytywne, które poddane były w przeszłości nadużyciom i dorastały w środowisku patologicznym, otwiera furtkę do poszuki-

²² Na przykład obserwowanie zjawiska przy biernej postawie obserwatora i przy czynnym zaangażowaniu i modyfikacji przestrzeni doświadczenia, a następnie porównanie zaobserwowanych wyników. Wielokrotne powtórzenie tego samego zachowania i obserwacji doprowadzi obserwatora najpierw do poznania cech zjawiska, a następnie prawideł, którymi się rządzi.

wania nie tylko środowiskowych czynników braku empatii²³. Na łamach analizowanej rozprawy autor przedstawia dowody przemawiające za silną interakcją bodźców środowiskowych oraz kodu genetycznego, które w przypadku wystąpienia u określonych osób powodują lub intensyfikują brak empatii względem innych ludzi²⁴.

Szczególne znaczenie wśród genów odpowiedzialnych za zło mają odmiany genu MAOA, który odpowiada za ilość transmitowanej w organizmie serotoniny. Gen MAOA-L (*low level*) odpowiedzialny jest za niski poziom enzymu, zaś gen MAOA-H (*high level*) produkuje większą jego ilość²⁵. Im zaś niższy poziom serotoniny w organizmie, tym wyższy u danego osobnika poziom agresji. Co prawda agresja nie oznacza jeszcze braku empatii, gdyż przyczyna zachowania agresywnego (np. zachowanie innych osób) może być czynnikiem całkowicie zewnętrznym, niemniej jednak agresja względem innych osób najczęściej wiąże się z chęcią i zdolnością do wyrządzenia zła innej osobie. Innymi słowy można by powiedzieć, że agresja zaburza podstawowe elementy empatii, czyli zdolność do rozpoznania i współodczuwania.

Kolejne geny odpowiedzialne za empatię, a w szczególności rozpoznanie emocjonalne, to: gen-transporter, czyli SLC6A4 odpowiadający za szybkość reakcji mózgowego ciała migdałowatego w sytuacji np. zagrożenia; gen AVPR1A związany z autyzmem i determinujący szybkość i jakość reakcji ciała migdałowatego²⁶ oraz gen CNRI związany z systemem nagrody w mózgu, wpływający również na rodzaj odpowiedzi ze strony mózgu na zadany bodziec. Przynajmniej zatem trzy wymienione powyżej geny wpływają na rozpoznanie emocjonalne sytuacji, w której ujawni się nasza empatia/brak empatii, a w sensie nienaukowym – czy jesteśmy źli, czy też dobrzy. Autor podaje również, że nasz iloraz empatii (*empathy quotient*) zdeterminowany jest poziomem oksytocyny, czyli tak zwanego „hormonu miłości” lub „hormonu zaufania”²⁷ oraz genami: CYPB11B1 obecnymi w sześciu grupach steroidowych; WFSI w zakresie zachowania społeczno-emocjonalnego oraz NTRK1 i GARBR3 stacjonującymi w grupie wzrostu neuronowego²⁸.

²³ *Ibidem*, s. 125.

²⁴ *Ibidem*, s. 126–127.

²⁵ *Ibidem*, s. 132.

²⁶ *Ibidem*, 2. 133.

²⁷ Możliwość sprawdzenia poziomu oksytocyny może nastąpić przez przeprowadzenie testu polegającego na ustaleniu, jaką ilość pieniędzy bylibyśmy w stanie pożyczyć osobie całkowicie nam obcej. Jeżeli nasz poziom oksytocyny jest akurat wysoki, to wówczas stajemy się bardziej szczerzy i obcy może liczyć na pokaźny datek. Jeżeli jednak poziom oksytocyny jest niski, wówczas nie będziemy skłonni do pożyczania jakiegokolwiek sumy nieznanemu.

²⁸ *Ibidem*, s. 138. W kontekście wzrostu neuronowego syntetyczne i ciekawe opracowanie przedstawia Jerzy Vetulani w książce *Mózg: fascynacje, problemy, tajemnice*. Autor prowadzi rozważania o plastyczności mózgu, czyli zdolności do modyfikacji organizacji jego połączeń neuronalnych pod wpływem

Konkludując rozważania w zakresie genotypu, Baron-Cohen stwierdza, że odpowiedź na pytanie o źródło zła wkracza na obszary genetyki. Widać wyraźną zależność w aktywności wymienionych genów wśród osób z zaburzeniami empatii i skłonnością do okrucieństwa. Oczywiście prześledzenie całego kodu genetycznego człowieka i wpływu poszczególnych genów na zachowania społeczne wymaga jeszcze wielu lat pracy badawczej i zapewne nie uzyskamy stuprocentowych odpowiedzi na pytania o zakres i rodzaj wpływu poszczególnych genów, jednak już teraz znalezienie kilku genów oddziałujących na kognitywny i sprawczy element empatii uprawnia do postawienia tezy, że źródło zachowań złych ma podłoże społeczno-biologiczne.

III. Kategoria zbiorowa czy indywidualna?

W toku dalszych rozważań angielski psycholog odwołuje się do pojęcia „banalności zła”²⁹ wprowadzonego przez Hannah Arendt w związku z procesem zbrodniarza hitlerowskiego Adolfa Eichmanna. Termin banalność zła oddaje specyfikę zachowań pozornie neutralnych, pozostających w jakimś sensie wycinkiem szerszej perspektywy, które traktowane pojedynczo nie wydają się być złe, a dopiero ujęte jako całość stają się kwintesencją zła. Zwykle czynności, takie jak: złożenie zawiadomienia na posterunku policji niemieckiej, zaarrestowanie zadenuncjonowanych, odprowadzenie ich na stację kolejową, kierowanie pociągiem, wprowadzenie do komór gazowych, włączenie pryszniców itd. łącznie złożyły się na proces eksterminacji ludności żydowskiej. Dlatego też tych pojedynczych czynności nie można oceniać oddzielnie/pojedynczo, ale należy to czynić

bodźców. Najważniejszy przykład plastyczności neuronalnej to neurogeneza, czyli kształtowanie się nowych komórek nerwowych u ludzi i zwierząt, która sprzyja funkcjom poznawczym, jeżeli przebiega w strukturach takich jak hipokampa i kora mózgowa. „Neurogenezę można pobudzić, zmuszając mózg do pracy poprzez bombardowanie go nowymi wrażeniami wymagającymi odpowiedzi, a zwłaszcza umieszczenie człowieka w zróżnicowanym i atrakcyjnym środowisku (tzw. środowisko wzbogacone), przez wysiłek fizyczny, restrykcje kaloryczne (czyli po prostu głodówki) oraz wysiłek intelektualny” – cyt. za: J. Vetulani, *Mózg: fascynacje, problemy, tajemnice*, Kraków 2012, s. 87–92. Gęstość unerwienia tych struktur ma z kolei wg Barona-Cohana związek z poziomem empatii. Budujące jest to, że neurogeneza może przeciwdziałać zaburzeniom empatii wywołanym wrodzonymi dewiacjami neuronalnymi, co jest argumentem przemawiającym za nie-absolutnie deterministycznym charakterem zjawiska braku empatii (obecności zła). Związek empatii z zaburzeniami powstałymi w okresie dojrzewania na gruncie środowiska wychowania społecznego może wyrażać się także przez plastyczność neuronalną, która jest wysoka w okresie wczesnego dzieciństwa, a później drastycznie spada. Oznacza to, że może być tak, iż jeżeli neurony „nie nauczą się” odpowiednio działać w czasie właściwym, to „nie nauczą się” tego już nigdy, zaś brak empatii będzie nie do nadrobienia.

²⁹ H. Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A report on the banality of evil*, New York 1963.

w perspektywie wywołanego rezultatu, dla którego były czynnościami warunku *sine qua non*. Małe przejawy braku empatii (a często nawet jej obecność w pojedynczych zachowaniach) zsumowane razem i ujęte zbiorczo przekładać się mogą w tym względzie na bardzo fatalne konsekwencje.

Takie ujęcie braku empatii koresponduje z prezentowaną przeze mnie na początku niniejszego opracowania tezą (przypis nr 2 *in fine*), że wskazanie zła jako motoru ludzkiego działania, bodźca zachowania możliwe jest dopiero po dokonaniu oceny konsekwencji tegoż zachowania w tych samych kategoriach. Nie umniejsza to faktu, że jako ludzie posiadamy zdolność do przewidywania (z mniejszym lub większym stopniem prawdopodobieństwa) skutków naszych zachowań i nie powinniśmy być z tego obowiązku zwolnieni w żadnym wypadku poza brakiem możliwości uchwycenia tej szerszej perspektywy, w jakiej nasze zachowanie zostanie później ocenione. Nie wydaje się, aby istniała jakaś szczególna kategoria bezideowego zła, które nie ma przełożenia na konkretne zachowania ludzi albo nie jest przez te zachowania definiowane.

Implikacją tego stanu rzeczy jest stanowisko, że całe wyrządzane przez człowieka zło jest wyrazem zbiorowego, społecznego doświadczenia i uznania czynów prowadzących do określonych konsekwencji za złe oraz indywidualnej oceny stopnia tego rozeznania, który można by przypisać konkretnej jednostce znajdującej się w sytuacji wyboru. Silne skorelowanie zła z doświadczeniem ludzkim pozwala na ocenę zachowań w kontekście zła z aktualnego poziomu wiedzy, co jest pewną wartością, gdyż pozwala umieścić zło w kategoriach prawdopodobieństwa. Innymi słowy, w mojej ocenie empatia to umiejętność indywidualnej oceny konsekwencji podejmowanego zachowania z perspektywy społecznie pożądaných wartości. Brak tej umiejętności, czyli brak empatii, uwarunkowany jest czynnikami społecznymi i biologicznymi, o których była mowa powyżej.

IV. Inklinacje prawne

Zjawisko empatii/braku empatii szczególnie interesująco jawi się w kontekście prawa stanowionego, w tym wpływu nie tylko na powstawanie norm prawnych, ale również ich realizację. Cytowany już Wojciech Załuski twierdzi, że empatia może odgrywać istotną rolę tak dla filozofii prawa, jak i dla praktyki prawniczej³⁰. W tym kontekście przywołuje on pogląd Herberta Harta o dwuaspektowości fenomenu społecznego jakim jest prawo, tj. płaszczyźnie eksternalnej oraz internalnej, czyli odpowiednio regularności

³⁰ W. Załuski, *op.cit.*, s. 10–11.

ludzkich zachowań i uznaniu tych regularności za wzorce pożądanych zachowań³¹. Empatia może decydować o tym drugim aspekcie i wzmocnić u adresatów norm prawnych rozumienie prawa oraz objęcie konkretnych regularności świadomością, że stają się one częścią obowiązującego porządku prawnego.

W zakresie praktyki prawniczej Załuski podaje, że wyniki badań nad empatią można wykorzystywać do analizy zachowań ludzi w sądzie, przy czym empatia *sensu stricto*³² może powodować brak bezstronności sędziego orzekającego w przypadku rozstrzyganym pod wpływem współczucia, dlatego nie jest zjawiskiem pożądanym u sędziów³³. Empatia kognitywna zapewnia natomiast wszechstronne rozważenie wszystkich okoliczności sprawy i wydanie sprawiedliwego wyroku czy przyjęcie sprawiedliwego aktu prawnego³⁴. Podsumowując rozważania, autor stwierdza, że empatia nie może być podstawą do budowania etyki z uwagi na swoją niesamodzielność. Ponadto formułuje wniosek, że motywacyjna rola empatii *sensu stricto* skłania nas do altruizmu oraz powstrzymuje od czynienia krzywdy innym na zasadzie antycypacji³⁵. Powyższe rozważania o roli empatii w systemie prawa można w mojej ocenie uzupełnić o kilka spostrzeżeń.

1. Każde współczucie?

Wydaje się, że sprowadzenie empatii tylko (albo również) do poziomu przeżywania emocji występujących w momencie przeżywania u innej osoby należałoby odnieść jedynie do współczucia lub takiego rodzaju przeżycia, które motywowane jest jakąś kategorią dobra. W takim jednak wypadku przejdziemy na gruncie niniejszych rozważań z problemu definicji zła, rozumianego jako brak empatii, na grunt dobra traktowanego jako obecność empatii. Takie przedstawienie zagadnienia niczego tak naprawdę nie wyjaśnia i jedynie multiplikuje problemy. Jeżeli bowiem za empatię uznamy przeżywanie uczuć i wrażeń innej osoby oraz wczuwanie się w jej sytuację, to wówczas umiejętność przyjmowania perspektywy osoby czyniącej zło również musiałaby zostać uznana za przejaw empatii.

³¹ *Ibidem*, s. 11. Por. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, J. Woleński (przekł.), Warszawa 1998.

³² Za empatię *sensu stricto* Załuski uznaje za Maxem Schelerem sympatię, czyli skłonność do podzielenia czyichś przeżyć w postaci odczuwania tego samego rodzaju emocji. Mając wysoki poziom sympatii na radość reagujemy radością, czyli tym samym uczuciem, zaś na czyjeś cierpienie odpowiadamy współczuciem; W. Załuski, *op.cit.*, s. 5; por. M. Scheler, *Istota i formy sympatii*, A. Węgrzecki (przekł.), Warszawa 1980.

³³ W. Załuski, *op.cit.*, s. 12.

³⁴ *Ibidem*, s. 12.

³⁵ *Ibidem*, s. 13.

Określenie motywacji, jaka legła u podstaw reakcji empatycznej, zdarzenia, które tę reakcję wywołało oraz umiejscowienie tej motywacji i zdarzenia gdzieś w kategorii powszechnie akceptowalnego pojęcia dobra jest w mojej ocenie warunkiem koniecznym, aby można było mówić o empatii *sensu stricto* w postaci, jaką proponuje Max Scheler. W innym wypadku pomoc okazana mordercy, który nie może uporać się z poćwiartowaniem ciała ofiary, musiałaby zostać uznana za działanie empatyczne, co klóci się z naszą intuicją. Powstaje pytanie, czy sytuacja taka nie przenosi zjawiska empatii na problem ważenia wartości oraz wyboru, które z dóbr społecznych winno mieć prymat: niesienie pomocy osobie (przestępcy) znajdującej się w potrzebie (szczególnego rodzaju, ale jednak potrzebie) czy też poszanowanie idei sprawiedliwości i normy prawnej (zakaz zabijania). Przykład ten obrazuje niesamodzielność zjawiska empatii i koresponduje z wnioskiem profesora Załuskiego przywołanym powyżej³⁶, że sama empatia nie nadaje się do tworzenia etyki; jej centralnym, bezwarunkowym nakazem byłoby: „odczuwaj empatię”.

2. Niekonieczna erozja systemu

Brak empatii nie zawsze musi prowadzić do zachowań nagannych i wymierzonych w system prawa. Owszem, posiadanie silnej empatii kognitywnej powoduje, że prawodawca jest w stanie przewidzieć kierunki zmian społecznych wywołanych zmianą ustawodawczą, a sędzia rozpatrujący sprawę poddaje ocenie wszelkie okoliczności sprawy, dając rękojmię i nadzieję, że rozstrzygnięcie będzie sprawiedliwe. Brak empatii kognitywnej może jednak zostać zastąpiony mechanizmem systematyzacji i schematyzacji, o którym była mowa powyżej. Jeżeli bowiem osoba nieprzejawiająca właściwości empatycznych, zarówno na płaszczyźnie kognitywnej, jak i afektywnej, przejawia silne skłonności do systematyzacji, to wówczas jest w stanie wyrobić w sobie właściwe standardy i nauczyć się systemów norm. Oczywiście społeczny proces uczenia się będzie przeprowadzony przy pomocy metody obserwacji i zapamiętywania powtarzalności oraz sprawdzalności działania poszczególnych norm (co niesie ze sobą ryzyko niemożności nauczenia się normy, gdy ta traktowana jest przez adresatów w sposób ambiwalentny). Zapamiętana i wprowadzona w ten sposób do systemu norma będzie dużo trwalsza i przestrzegana przez osobę o skłonnościach systematyzacyjnych niemal absolutnie aż do momentu rzeczywistej derogacji. Tak więc nawet w przypadku braku empatii prawo stanowione (i nie tylko) może być stosowane i przestrzegane bez jakichkolwiek sygnałów wypaczenia systemu.

³⁶ Przypis nr 2 *in media parte* z powołaniem poglądu Wojciecha Załuskiego; por. *Idem, op.cit.*, s. 13.

Osoba o skłonnościach systematyzacyjnych może również pełnić rolę sędziego i rozstrzygać te przypadki, które nie wymagają posługiwania się kategoriami klauzul generalnych wymagających interpretacji i oceny według złożonych kryteriów. Wydaje się jednak, że katalog potencjalnych zachowań podlegających ocenie i opieranie się przez sędziów na bogatym orzecznictwie sądowym sprawia, iż sytuacje wymagające oceny również mogłyby być rozstrzygane przez osoby o zdolnościach systematyzacji, i to całkiem sprawnie. Brak empatii może zatem przekładać się na inne umiejętności (jak schematyzacja), zwłaszcza że omawiane tu osobniki zero-pozytywne przejawiają dużo wyższe w porównaniu do reszty społeczeństwa zdolności do nauki, a z czasem i rozpoznawania dyspozycji norm oraz ich opanowywania. Wykorzystując istnienie poziomu zero-pozytywnego, można byłoby pokusić się nawet o algorytmizację przypadków podobnych oraz system wydawania rozstrzygnięć według określonego schematu, z którego przyswojeniem osoby zero-pozytywne z pewnością nie miałyby problemu (zagwarantowana byłaby bezstronność podmiotu orzekającego, a prawdopodobnie również i sprawność procesu orzekania).

3. Tylko prawo karne?

Empatia/brak empatii rozpatrywany jest przez filozofów, prawników i psychologów głównie w kategoriach zachowań relewantnych z punktu widzenia prawa karnego (zabijanie, łamanie norm, wymierzanie kary). Analizowany jest wpływ braku empatii na zachowania przestępcze lub zjawisko zapobiegania tym zachowaniom dzięki umiejętności przyjęcia perspektywy potencjalnego pokrzywdzonego. Tymczasem zaproponowana przeze mnie definicja empatii rozumianej jako umiejętność indywidualnej oceny konsekwencji podejmowanego zachowania z perspektywy społecznie pożądaných wartości nadaje się do wykorzystania przy badaniu wpływu empatii lub jej braku na zachowania mieszczące się w zakresie regulacji norm prawa administracyjnego.

Zdecydowana większość norm prawa administracyjnego materialnego nie działa w sposób bezpośredni, ale wymaga konkretyzacji w procesie stosowania prawa za pomocą narzędzia, jakim jest procedura administracyjna. Inaczej mówiąc: aby norma prawa administracyjnego materialnego oraz związany z nią abstrakcyjny stosunek prawny istniejący w akcie prawnym zaczęły wywoływać skutki w rzeczywistości społecznej, musi dojść do wydania decyzji administracyjnej, mocą której podmiot stojący na zewnątrz struktury administracyjnej nabędzie uprawnienie lub zostanie obciążony obowiązkiem³⁷.

³⁷ T. Woś, *Pojęcie „sprawy” w przepisach kodeksu postępowania administracyjnego*, Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo 168/1990, s. 334.

Właśnie w procesie stosowania prawa administracyjnego istnieje pole do ujawnienia się odpowiednich interakcji między empatią i realizowaniem prawa administracyjnego. Pracownik organu administracji publicznej wydający decyzję w sprawie administracyjnej często stosuje klauzule ogólne, które otwierają system prawa administracyjnego na oceny i wartości pozaprawne, często wymagające twórczej adaptacji (zarówno klauzule przewidziane w prawie administracyjnym procesowym, jak i w prawie materialnym).

W tym właśnie kontekście brak empatii lub obdarzenie tą cechą pracownika organu może skutkować prawidłowym i zgodnym z prawem ustaleniem stanu faktycznego i relewantnego dla niego uprawnienia lub obowiązku jednostki. Piastun organu posiadający skłonności empatyczne, czyli potrafiący przewidywać konsekwencje wydawanego aktu administracyjnego z punktu widzenia społecznie uznanych wartości³⁸, jest w stanie wydać decyzję o treści lepiej odpowiadającej konkretnym stosunkom społecznym z punktu widzenia powszechnie akceptowanego w danym społeczeństwie dobra, którego zabezpieczenie lub pomnożenie legło u podstaw skonstruowania przez prawodawcę normy, którą stosuje, wydając decyzję. Ma to szczególne znaczenie w tych przypadkach, w których wydanie decyzji administracyjnej następuje w granicach tzw. uznania administracyjnego, które pozostawia organowi (a w rzeczywistości pracownikowi organu procedującemu jako organ) możliwość wyboru konsekwencji ustalanych mocą wydawanej decyzji³⁹. Orzekanie przez organ w ramach luzu decyzyjnego zagwarantowanego uznaniem sprawia, że zjawisko empatii przekładać się może na treść i jakość ukształtowanych przez organ, konkretnych stosunków prawnych.

Warto ponadto zaznaczyć, że normy prawa administracyjnego działają w specyficzny sposób i według założenia, że akt stanowienia prawa jest często również aktem stosowania prawa. Działając bowiem w ramach struktury administracyjnej i wydając różnorodne akty administracyjne, zwane w doktrynie „przepisami administracyjnymi”⁴⁰,

³⁸ Nie odwołuję się w tym momencie do empatii *sensu stricto*, czyli: zachowań afektywnych, sympatii, chęci współprzeżywania, ale do wprowadzonej przeze mnie definicji empatii jako zdolności przewidywania konsekwencji działań z punktu widzenia społecznie uznawanych wartości i oceny tych konsekwencji w perspektywie „dobra” wynikającego ze zbiorowego doświadczenia ludzi tworzących prawo na danym terytorium.

³⁹ Wybór ten jest dokonywany na samym końcu procesu decyzyjnego, przed samym podjęciem rozstrzygnięcia i dlatego też nie można go mylić ze swobodną oceną dowodów lub swobodą wykładni prawa, czyli z poprzednimi etapami tego procesu; por. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2008, s. 304. Uznaniem administracyjnym oraz jego wywodzeniem ze swobodnego uznania zajmowało się szeroko wielu autorów. Warto odesłać chociażby do: M. Zimmermann, *Pojęcie administracji publicznej a „swobodne uznanie”*, Poznań 1959; M. Mincer, *Uznanie administracyjne*, Toruń 1983; I. Bogucka, *Państwo prawne a problem uznania administracyjnego*, PiP 10/1992, s. 38–39.

⁴⁰ J. Zimmermann, *op.cit.*, s. 280.

organ administracji publicznej stosuje prawo pochodzące z konstytucyjnych źródeł prawa i jednocześnie wydaje następne normy powszechnie obowiązujące (ale już nie będące źródłami prawa w ujęciu konstytucyjnym) takie jak: plany, strategie, programy, koncepcje, założenia, analizy, raporty, oceny⁴¹.

Wpisując owo sprzężenie w tematykę rozważań i definicję empatii rozumianej jako umiejętność indywidualnej oceny konsekwencji podejmowanego zachowania z perspektywy społecznie pożądanego wartości, należy stwierdzić, że prawidłowe zastosowanie prawa administracyjnego jest możliwe wówczas, gdy empatia wykazywana na etapie stanowienia norm prawa administracyjnego (czyli przewidywane konsekwencje na etapie legislacji lub tworzenia „przepisów administracyjnych”) odpowiada empatii obecnej na etapie stosowania tych norm (czyli konsekwencji ustalanych tworzeniem „przepisów administracyjnych” lub mocą wydawanych decyzji administracyjnych w indywidualnych sprawach). Poziom empatii reprezentowany przez piastuna organu administracyjnego może przekładać się na jakość rozstrzygnięć i stanowi wartość wówczas, gdy jest zbliżony z poziomem empatii prawodawcy lub organu stanowiącego normę wyższego stopnia. Brak empatii na obydwu poziomach (lub empatia zakładająca całkiem rozbieżne konsekwencje) może zdeorganizować pracę administracji publicznej oraz konkretne stosunki społeczne regulowane prawem administracyjnym. Ma to znacznie o tyle istotne, że empatia to zjawisko ściśle indywidualne i związane z jednostką, ale którego skutki mają wymiar społeczny, co koresponduje z rozumieniem empatii jako wyniku po części zbiorowego doświadczenia ludzi, a po części ewolucji.

V. Podsumowanie

Jak wynika z powyższych rozważań, empatia w ocenie Simona Barona-Cohana to konglomerat właściwości kognitywnej, a więc zdolności rozeznania sytuacji oraz afektywnej, czyli skłonności do współodczuwania. Naukowe ujęcie potocznego pojęcia zła/braku empatii zakłada, że jest to zjawisko uwarunkowane tak społecznie, jak biologicznie. Do głównych czynników środowiskowych odpowiedzialnych za poziom empatii należy: zaniedbanie wychowawcze, wykorzystywanie w dzieciństwie, patologie wieku dojrzewania oraz szereg innych czynników zniekształcających ukształtowanie zdolności oceny potencjalnych konsekwencji ludzkiego działania z punktu widzenia społecznie pożądanego wartości.

⁴¹ *Ibidem*, s. 280–283.

Neuronalna podstawa braku właściwości empatycznych związana jest z systemem neuronów lustrzanych i aktywnością obszarów mózgu takich jak kora przedczołowa czy ciało migdałowate, a te z kolei sprzężone są z ludzkim kodem genetycznym i syntezą substancji biochemicznych, w tym hormonów. Szczególnie istotna właściwość empatii polega na tym, że jest przeżywana ściśle indywidualnie, ale nie jest samoistna. Oznacza to, że przeżycie empatyczne (zdolność empatii) zawsze musi być odniesione do jakiegoś systemu zewnętrznego. W takim ujęciu zatem empatia jest również przez swoją akcesoryjność kategorią zbiorową w kontekście odniesienia sfery zewnętrznej do wartości popartych wspólnym zbiorowym doświadczeniem ludzi (np. do prawa). Co więcej, sama empatia nie może być podstawą do budowania etyki, gdyż jej treść zależy od kontekstu, w jakim jest przejawiana.

Na gruncie prawa empatia (jako zdolność przewidywania konsekwencji działań w kontekście wartości cennych dla społeczeństwa i podejmowania działań z uwagi na tę zdolność) jest gwarantem bezstronności sędziego oraz właściwego stosowania prawa w perspektywie ważenia wartości, klauzul generalnych, luzu decyzyjnego, wykładni prawa czy uznania administracyjnego. Silna zdolność do systematyzacji i schematyzacji posiadana przez osobników pozbawionych przymiotu empatii i niezdolnych do jej wykształcenia (czyli tzw. osoby zero-pozytywne) może przeciwdziałać negatywnym konsekwencjom braku empatii przez fantastyczne właściwości mózgu i naukę (na zasadach obserwacji i zapamiętywania powtarzalności) systemu prawa. Natomiast posiadanie podobnego poziomu empatii zarówno przez prawodawcę, jak i organ stosujący prawo sprawia, że stosunki społeczne regulowane są prawem w sposób harmonijny.

Prawne aspekty funkcjonowania bankowości spółdzielczej w latach 1945–1989. Studium historyczno-prawne

Abstract

The article presents the regulations for the cooperative banks in Polish People's Republic. Changes in their functioning, internal organization, powers and core activities, forms of control, based on the source of the banking law and available literature, were discussed in this article.

Streszczenie

Artykuł przedstawia regulacje prawne dotyczące banków spółdzielczych w czasach Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Omówione zostały zmiany w ich funkcjonowaniu, organizacji wewnętrznej, uprawnieniach i przedmiocie działalności, formach podporządkowania i kontroli w oparciu o źródła prawa bankowego i dostępną literaturę.

I. Wprowadzenie

W myśl aktualnie obowiązującej ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe banki w Polsce mogą być tworzone jako banki państwowe (na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów), jako banki w formie spółek akcyjnych albo jako banki spółdzielcze².

¹ Autor jest studentem II roku prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim.

² Art. 12 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. – Prawo bankowe, Dz.U. 2012, Nr 0, poz. 1376, z późn.zm.

Bankiem spółdzielczym jest bank będący spółdzielnią, którego ustroj i funkcjonowanie uregulowane jest obecnie w ustawie z dnia 7 grudnia 2000 r.³ o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających oraz w ustawie z 16 września 1982 r.⁴ – Prawo spółdzielcze⁵. Ustawa z 7 grudnia 2000 r. stanowi *lex specialis* w stosunku do przepisów ustawy – Prawo bankowe; określone w niej szczególne zasady prowadzenia przedsiębiorstwa bankowego mają zastosowanie do dwóch rodzajów podmiotów: działających lokalnie banków spółdzielczych będących spółdzielniami i banków zrzeszających działających w formie spółki akcyjnej⁶.

Banki spółdzielcze są najliczniejszą grupą banków działających w Polsce, a ich obecność na rynku trwa nieprzerwanie od ponad stu pięćdziesięciu lat. W ciągu tego okresu zarówno same banki, jak ich działalność podlegały przeobrażeniom determinowanym przez warunki rynkowe oraz regulacje prawne. Ewolowały i zmieniały się z małych podmiotów nastawionych na kredytowanie własnych członków w banki o uniwersalnym charakterze, coraz częściej wykraczające swoją działalnością poza obszar lokalny⁷.

Właścicielami banków spółdzielczych są spółdzielcy. Najwyższą władzą w takim banku jest walne zgromadzenie, na którym każdy spółdzielca (udziałowiec) ma prawo do jednego głosu, niezależnie od liczby posiadanych udziałów. Aby zostać udziałowcem banku spółdzielczego, trzeba wpłacić niedużą sumę, która zasila kapitały własne banku. Udziałowcom przysługuje prawo do udziału w zysku banku, ponieważ jednak w przeliczeniu na udział zysk ten jest zwykle bardzo mały, nie stanowi to istotnego motywu ich działania. Sprzedaż udziałów nie ma charakteru operacji handlowej, dlatego też wzrost wartości banku nie pozwala spółdzielcom na osiągnięcie większych zysków. Jaki jest więc, z punktu widzenia współwłaściciela, główny cel działania banku? Jest nim najczęściej zagwarantowanie sobie dostępu do usług bankowych, w tym do względnie tanich kredytów. Członkostwo w banku spółdzielczym jest dla wielu mieszkańców wsi, miasteczek, a także rzemieślników dużych miastach jedyną szansą na otrzymanie kredytu średniej wielkości. Istotne znaczenie ma też gwarancja należytej obsługi spółdzielcy w zakresie innych czynności bankowych. Większość banków spółdzielczych działa w małych miasteczkach, gdzie są one często jedynymi placówkami realizującymi szeroki zakres czynności bankowych. Sprawia to, że bankowość spółdzielcza odgrywa znacznie większą rolę,

³ Dz.U. 2000, Nr 119, poz. 1252, z późn.zm.

⁴ Dz.U. 2013, 1443, t.j.

⁵ P. Tereszkiewicz, *Komentarz do art. 20 ustawy – Prawo bankowe* [w:] *Prawo bankowe. Komentarz. Tom I i II* F. Zoll (red.), Kraków 2005.

⁶ K. Pałka, *Komentarz do art. 1 ustawy o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających* [w:] *System Informacji Prawnej LEX*, nr 101904.

⁷ A. Zalcewicz, *Bank spółdzielczy. Aspekty prawne tworzenia i funkcjonowania*, Warszawa 2009, s. 17.

niż wynikałoby to z udziału sektora banków spółdzielczych w masie depozytów i kredytów polskiego systemu bankowego. W roku 2009 na banki spółdzielcze przypadało ponad 6% depozytów i 5% kredytów udzielanych przez wszystkie polskie banki⁸.

Znaczna część polskich banków spółdzielczych wywodzi się z dawnych banków ludowych i banków samopomocy, które były tworzone przez rzemieślników, rolników i kupców. Banki ludowe skupiały spółdzielców z różnych grup społecznych zamieszkujących danych obszar (np. powiat), natomiast banki samopomocowe należały do udziałowców z tej samej grupy społecznej (np. rzemieślników, kupców, rolników)⁹. Powstanie pierwszych spółdzielni oszczędnościowo-pożyczkowych, opierających swoją działalność na przepisach prawnych, miało miejsce na terenie Wielkopolski i przypadało na lata 1861–1862¹⁰. Jeszcze wcześniej powstawały natomiast pojedyncze formy o charakterze spółek, w których gromadzone środki pieniężne członków udziałowców były wykorzystywane do udzielania nisko oprocentowanej pomocy kredytowej, szczególnie kiedy rodzinę lub gospodarstwo członka organizacji dotknęła klęska żywiołowa, np. choroba, pożar lub zaraza bydła. Udzielano także kredytów na zorganizowanie rzemiosła, handlu oraz kupna ziemi.

Polscy pionierzy spółdzielczości oszczędnościowo-pożyczkowej uważnie śledzili jej działalność w ościennych krajach i pewne sprawdzone w praktyce zasady wprowadzali do nowo zakładanych spółdzielni¹¹. Pierwsze spółdzielnie pożyczkowe pojawiły się w XIX w. w Prusach, a ich organizatorami byli Franz Herman Schulze-Delitzsch oraz Friedrich Wilhelm Raiffeisen. Zakładane przez nich zrzeszenia pożyczkobiorców miały uniezależnić ich członków od innych podmiotów udzielających pożyczek, zapewnić większą dostępność kredytów i niższe koszty spłaty¹². Zachodzące w XIX w. przemiany gospodarcze, rozwój ustroju kapitalistycznego zwiększały zapotrzebowanie na środki pieniężne w postaci pożyczek. Istniejące wówczas banki nie dysponowały ani rozbudowaną siecią oddziałów, ani nie były zainteresowane drobnymi kredytobiorcami¹³. Modele funkcjonowania spółdzielni pożyczkowych typu Schulzego i Raiffeisena różniły się między sobą dość istotnie, m.in.:

⁸ Z. Dobosiewicz, *Bankowość*, Warszawa 2011, s. 50–51.

⁹ *Ibidem*, s. 51.

¹⁰ Pierwszą rzeczywistą i trwałą spółdzielnią kredytową na zachodnich ziemiach polskich było powstałe w 1861 roku Towarzystwo Pożyczkowe dla Przemysłowców Miasta Poznania. Towarzystwo nie zachowało statusu spółdzielni, ale działając pod nazwą Bank Przemysłowców, odegrało dużą rolę w zaborze pruskim. W rok później powstała spółdzielnia kredytowa w Środzie Wielkopolskiej.

¹¹ F. Skalniak, *Zarys historii polskiej spółdzielczości kredytowej*, Kraków 1992, s. 9.

¹² A. Zalcewicz, *op.cit.*, s. 27.

¹³ *Ibidem*, s. 26.

1. Spółdzielnie typu Schulzego (banki ludowe, towarzystwa zaliczkowe) nie stosowały żadnych ograniczeń pod względem rozległości okręgów działania, wskutek czego rozszerzały swą działalność na znaczną część kraju i nie mogły przez to ani dokładnie znać gospodarczych stosunków dłużników, ani kontrolować sposobu użycia kredytu. Kasy Raiffeisena ograniczały swą działalność do możliwie małych okręgów i dlatego liczyły niewielu, dobrze znających się członków.
2. Banki ludowe kładły duży nacisk na udziały, oznaczając je wysoko i płacąc dywidendę bez określonej granicy. Kasy Raiffeisena oznaczały udziały nisko, a dywidenda nie mogła przekraczać stopy procentowej od składek oszczędnościowych.
3. Banki ludowe udzielały tylko kredytu krótkoterminowego wekslowego, kasy Raiffeisena zaś zarówno kredytu krótkoterminowanego, jak i kredytu długoterminowego.
4. W bankach ludowych zarząd pobierał wynagrodzenie, a w kasach Raiffeisena tylko kasjer stojący poza zarządem.
5. Banki ludowe przeznaczały tylko część zysku na fundusz rezerwowy, resztę zysku rozdzielały między członków. W kasach Raiffeisena cały zysk przeznaczano na fundusz rezerwowy.
6. Banki ludowe były wyłącznie instytucjami pieniężnymi, mającymi na celu udzielanie kredytu i dawanie członkom sposobności do oszczędzania. Kasy Raiffeisena stawiały sobie za cel zjednoczenie zasobów całej ludności wiejskiej przy podniesieniu poziomu moralnego swoich członków (kasy przeznaczały fundusz rezerwowy na cele społeczne).
7. Banki ludowe dostosowane były do potrzeb miasta, w szczególności drobnych przemysłowców, kupców, rękodzielników i robotników, a kasy Raiffeisena – do potrzeb wieśniaka, który z natury rzeczy był konserwatystą¹⁴.

Początki bankowości spółdzielczej w Polsce sięgają więc okresu, gdy Rzeczpospolita znajdowała się pod zaborami. Wówczas to na tworzenie i funkcjonowanie tzw. spółdzielni kredytowych wpływ miały regulacje państw zaborców i dopiero w dwudziestolecu międzywojennym uchwalono pierwsze rodzime regulacje. Musiały one, siłą rzeczy, uwzględniać wykształcone w okresie zaborów formy i zasady prowadzenia działalności przez te spółdzielnie, a także istniejącą tradycję. Siła tej tradycji w polskim społeczeństwie była bowiem znaczna. Przejawiało się to nie tylko w owym okresie, ale i później. Działalność szeroko pojmowanych spółdzielni kredytowych prowadzona była również w okresie II wojny światowej. Również po jej zakończeniu społeczeństwo nawiązywało

¹⁴ F. Skalniak, *op.cit.*, s. 18–19.

do tej formy aktywności, tworząc nowe spółdzielnie. Rozwój działalności bankowości spółdzielczej zakłóciła jednak zmiana ustroju, jaka dokonała się w latach pięćdziesiątych dwudziestego wieku. Idee spółdzielcze uległy wówczas wypaczeniom, a banki spółdzielcze przestały realizować własne, samodzielne zadania i cele, stając się wykonawcami planów i zadań określanych przez państwo. Okres ten nie sprzyjał także poczuciu odpowiedzialności i więzi społeczności lokalnych, co zawsze było fundamentem działalności spółdzielni¹⁵.

Jak więc widać, banki spółdzielcze są od wielu lat trwałym elementem polskiego sektora bankowego. Dowodzi to tego, że są to podmioty o cechach umożliwiających funkcjonowanie w różnych warunkach społeczno-gospodarczych, a ich istnienie powinny uzasadniać nie tylko uwarunkowania historyczne, ale także potrzeby społeczne i gospodarcze¹⁶.

II. Działalność spółdzielni kredytowych (lata 1945–1949)

W latach 1945–1989 władze państwa podporządkowały całą gospodarkę, a więc także sektor bankowy, zadaniom politycznym. Zachodzące przemiany polityczne i gospodarcze wpływały bezpośrednio na zakres działalności spółdzielni kredytowych oraz na stopień ich niezależności. Zgodnie z Manifestem Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego państwo miało popierać rozwój spółdzielczości. Po odzyskaniu niepodległości w 1945 r. swoją działalność kontynuowały spółdzielnie działające w czasie okupacji, a także zaczęto reaktywować działające w okresie międzywojennym spółdzielnie kredytowe oraz tworzyć nowe podmioty. Były one organizowane według przedwojennych statutów i zasad¹⁷. Nowe władze państwa utrzymały w mocy rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 17 marca 1928 r. o prawie bankowym, dokonując nieznacznych jego modyfikacji w dekreście z dnia 18 grudnia 1945 r.¹⁸ Przedwojenne rozporządzenie w art. 91 określało katalog czynności bankowych, jakie spółdzielnie kredytowe mogły wykonywać bez uzyskania koncesji Ministra Skarbu. Były to:

1. udzielanie kredytów w formie dyskonta weksli, pożyczek skryptowych oraz rachunków bieżących i pożyczek, zabezpieczonych bądź hipotecznie, bądź przez poręczenie, bądź zastawem papierów wartościowych, wymienionych w punkcie 5 niniejszego artykułu;
2. redyskonto weksli;

¹⁵ A. Zalcewicz, *op.cit.*, s. 17.

¹⁶ *Ibidem*, s. 18.

¹⁷ *Ibidem*, s. 35.

¹⁸ Dz.U. 1946, Nr 2, poz. 10.

3. przyjmowanie wkładów pieniężnych z prawem wydawania dowodów wkładowych imiennych, jednak bez prawa wydawania takich dowodów płatnych okazicielowi;
4. wydawanie przekazów, czeków i akredytyw oraz dokonywanie wypłat i wpłat w granicach Państwa, z tem, że spółdzielnie, nie należące do związków rewizyjnych, mogą czynności te wykonywać tylko dla swych członków;
5. kupno i sprzedaż na rachunek własny oraz na rachunek osób trzecich papierów procentowych państwowych i samorządowych, listów zastawnych, akcji central gospodarczych i przedsiębiorstw, organizowanych przez spółdzielnie, ich związki lub centrale gospodarcze, oraz akcji Banku Polskiego;
6. odbiór wpłat na rachunek osób trzecich, inkaso weksli i dokumentów, z tem, że spółdzielnie, nie należące do związków rewizyjnych, mogą wykonywać te czynności tylko dla swych członków;
7. przyjmowanie subskrypcyj na pożyczki państwowe i komunalne oraz na akcje przedsiębiorstw, o których mowa w punkcie 5 artykułu niniejszego;
8. zastępstwo czynności na rzecz Banku Polskiego i banków państwowych;
9. przyjmowanie do depozytu papierów wartościowych i innych walorów oraz wynajmowanie kasetek zabezpieczonych¹⁹.

Warto wskazać, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego ewentualne przekroczenie przez spółdzielnię kredytową zakresu działania przewidzianego art. 91 prawa bankowego nie pociągało za sobą nieważności danej umowy. Taki pogląd Sąd Najwyższy wyraził w Orzeczeniu z dnia 7 grudnia 1936 r, sygn. II C 1683/36, rozpatrując skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego we Lwowie z dnia 12 lutego 1936 r. w sprawie Fundacji Gminy Chrześcijańskiej miasta Borysławia przeciwko Ludowemu Bankowi Spółdzielni z o.o. w Borysławiu o zapłacenie sumy 1500 dolarów²⁰.

Dekret z dnia 18 grudnia 1945 r. dokonał również m.in. modyfikacji art. 91 prawa bankowego. Wykreślił zapisy o „akcjach Banku Polskiego” i zmienił zapisy o zastępstwie czynności, zastępując je zapisem o zastępstwie czynności na rzecz Narodowego Banku Polskiego i innych banków²¹. Było to konsekwencją utworzenia Narodowego Banku Polskiego jako instytucji emisyjnej na podstawie dekretu z dnia 15 stycznia 1945 r.²², który wszedł w życie 2 lutego 1945 r. Narodowy Bank Polski, na podstawie art. 1 i 14 dekretu, Państwo wyposażyło w wyłączny przywilej emisji biletów bankowych (pieniędzy). W chwili powołania NBP zakładano, że będzie on „bankiem banków” nieprowadzącym bezpośrednio działalności kredytowej²³.

¹⁹ Dz.U. 1928, Nr 34, poz. 321.

²⁰ Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 1936 r., sygn. II C 1683/36, LEX nr 364193.

²¹ Dz.U. 1946, Nr 2, poz. 10.

²² Dz.U. 1945, Nr 4, poz. 14.

²³ F. Skalniak, *op.cit.*, s. 75.

Trudności w uruchomieniu aparatu bankowego na terenach wyzwolonych w pierwszym etapie (od 20 lipca do 14 września 1944 r.) były szczególnie duże. Na wyzwolonych terenach znajdowały się w obiegu trzy waluty: marki niemieckie na terenach przyłączonych w czasie okupacji do Rzeszy Niemieckiej, złote Banku Emisyjnego w Polsce na ziemiach wchodzących w skład Generalnego Gubernatorstwa i ruble napływające wraz z wojskiem. Kroki zmierzające do wznowienia działalności podjęły: wszystkie przedwojenne banki państwowe, tj. Bank Gospodarstwa Krajowego, Państwowy Bank Rolny i Poczta Kasa Oszczędności, dwa istniejące banki spółdzielcze, tj. Centralna Kasa Spółek Rolniczych i Bank „Społem” oraz liczne banki prywatne, w szczególności silniejsze spółki akcyjne. Przygotowania do podjęcia działalności czyniły komunalne kasy oszczędności i lokalne spółdzielnie kredytowe. Przygotowania te musiały być kosztowne i długotrwałe, gdyż aparat bankowy był zniszczony, a środki finansowe utracone. Sytuację pogarszał fakt całkowitego zburzenia Warszawy, gdzie mieściły się centrale wszystkich banków. Funkcję central finansowych dla wiejskich spółdzielni kredytowych przejął Państwowy Bank Rolny i Centralna Kasa Spółek Rolniczych, a dla spółdzielni miejskich – Bank Spółdzielczy „Społem” i Bank Związku Spółek Zarobkowych²⁴.

Wspomniany wyżej Państwowy Bank Rolny rozpoczął działalność 25 lipca 1944 r. w Lublinie. Jego zadaniem było udzielenie rolnikom, którzy zostali poszkodowani w wyniku działań wojennych, pomocy finansowej z lokat skarbowych. Państwowy Bank Rolny współdziałał również w przeprowadzaniu reformy rolnej. Realizował operacje finansowe Państwowego Funduszu Ziemi i zajmował się obsługą kasową organów rządowych²⁵. Centralna Kasa Spółek Rolniczych, do czasu jej reaktywowania po II wojnie światowej, miała już swoją bez mała 40-letnią historię. Na mocy uchwały z dnia 26 września 1907 r. Sejmu Królestwa Galicji i Lodomerii z Wielkim Księstwem Krakowskim utworzono Krajową Centralną Kasę Spółek Rolniczych we Lwowie. Obejmowała ona zasięgiem działania teren określony międzywojennymi granicami województw: lwowskiego, stanisławowskiego, tarnopolskiego i krakowskiego. Dekret Naczelnika Państwa z dnia 8 lutego 1919 r. przeniósł ją do stolicy i przekształcił w Centralną Kasę Spółek Rolniczych w Warszawie. Zorganizowana pierwotnie jako instytucja samorządowa, z biegiem lat nabierała coraz więcej cech spółdzielczych i społecznych²⁶. Bank Spółdzielczy „Społem” utworzony został w 1930 r. z inicjatywy spółdzielni spożywców i Związku Spółdzielni Spożywców „Społem” i zastąpił w tej mierze Związkową Kasę Oszczędności. Do zakresu jego działalności należało: przyjmowanie wkładów pieniężnych, udzielanie kredytów,

²⁴ *Ibidem*, s. 74–75.

²⁵ J. Gliniecka, J. Harasimowicz, R. Krasnodębski, *Polskie prawo bankowe (1918–1996)*, Warszawa 1996, s. 15.

²⁶ *Ibidem*, s. 17.

kupno i sprzedaż papierów wartościowych²⁷. Bank Związku Spółek Zarobkowych założony został jeszcze w 1886 r. jako centrala finansowa spółdzielczych banków ludowych zrzeszających polskich rzemieślników, kupców i chłopów w zaborze pruskim. Po 1945 r. zadaniem banku było finansowanie mniejszych przedsiębiorstw prywatnych, rzemiosła i spółdzielni rzemieślniczych²⁸.

Dnia 10 stycznia 1945 r. zapadła w Łodzi decyzja Sejmiku Spółdzielczego o powołaniu do życia Banku Gospodarstwa Spółdzielczego, który miał przejąć Centralną Kasę Spółek Rolniczych i Bank „Społem”, jako jednej centrali dla całej spółdzielczości kredytowej. Bank „Społem” dążył do połączenia banków, natomiast decyzja o utworzeniu Banku Gospodarstwa Spółdzielczego z połączenia obu banków napotkała na dużą niechęć ze strony Centralnej Kasy Spółek Rolniczych²⁹. Ostateczną decyzję w tej sprawie podjęła Rada Ministrów, która wydała po zatwierdzeniu przez Prezydium Krajowej Rady Narodowej dekret z dnia 24 kwietnia 1946 r. o przejęciu agend, majątku i zobowiązań Centralnej Kasy Spółek Rolniczych przez Bank Gospodarstwa Spółdzielczego³⁰. Szczegółowe warunki przejęcia określono w Rozporządzeniu Ministra Skarbu z dnia 3 lipca 1946 r.³¹ Od tego momentu Bank Gospodarstwa Spółdzielczego stał się główną centralą organizacyjną, rewizyjną i finansową dla spółdzielni kredytowych. Bank Gospodarstwa Spółdzielczego sprawował kontrolę nad działalnością kredytową spółdzielni kredytowych korzystających z kredytów w Banku w zakresie przestrzegania przez spółdzielnie obowiązujących kompetencji i ogólnych zasad polityki kredytowej, ze szczególnym uwzględnieniem celowości rozprowadzanych kredytów i zasady niefinansowania ze środków krótkoterminowych akcji inwestycyjnych³². Bank Gospodarstwa Spółdzielczego rozpoczął działalność 1 lipca 1946 r.; jego statut przewidywał rozległy zakres kompetencji, a w szczególności: gromadzenie środków pieniężnych spółdzielczości, instytucji społecznych i ludności; bezpośrednie finansowanie potrzeb gospodarstwa spółdzielczego i społecznego; finansowanie za pośrednictwem spółdzielni kredytowych indywidualnych, drobnych warsztatów produkcyjnych zrzeszonych w tych spółdzielniach³³.

W pierwszym okresie działalności spółdzielni kredytowych wysiłki skoncentrowano na odbudowaniu gospodarstw chłopskich zrujnowanych w okresie wojny i okupacji, zaspokojeniu ich potrzeb finansowych powstałych w wyniku reformy rolnej oraz

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*, s. 18.

²⁹ F. Skalniak, *op.cit.*, s. 76.

³⁰ Dz.U. 1946, Nr 18, poz. 120.

³¹ Dz.U. 1946, Nr 29, poz. 191.

³² F. Skalniak, *op.cit.*, s. 76–77.

³³ J. Gliniecka, *op.cit.*, s. 17–18.

pomocy osadnikom na tzw. ziemiach odzyskanych. Jednocześnie spółdzielnie kredytowe zaczęły gromadzić wkłady oszczędnościowe ludności, co pozwalało im finansować część pożyczek z funduszy pochodzenia miejscowego. W toku rozwijania działalności rozliczeniowo-kredytowej spółdzielnie przejęły obsługę finansową kontraktacji płodów rolnych. Polegała ona na wypłacaniu przez spółdzielnie zaliczek kontraktacyjnych oraz dokonywaniu rozliczeń z instytucjami kontraktującymi³⁴.

Polski system gospodarczy w latach 1945–1948 opierał się na różnych formach własności. Z jednej strony, zaczął dominować sektor państwowy, ale obok funkcjonował także sektor prywatny i spółdzielczy. Z drugiej strony, zaczęto tworzyć zręby gospodarki centralnie planowanej, m.in. powołując w listopadzie 1945 r. Centralny Urząd Planowania przy Komitecie Ekonomicznym Rady Ministrów, którego głównym zadaniem było opracowywanie planów gospodarczych oraz systemu państwowego planowania i zarządzania gospodarczego. W latach 1947–1949 dokonywano dalszych zmian gospodarczych, które miały zapewnić możliwość centralnego kierowania gospodarką, rozszerzyć planowanie i zarządzanie na wszystkie jej działy. W tym celu w kwietniu 1949 r. utworzono Państwową Komisję Planowania Gospodarczego i nadano jej szerokie uprawnienia planistyczne; realizowała ona bieżącą politykę gospodarczą i zarządzała poszczególnymi działami gospodarki. Dokonane zmiany spowodowały, że w pierwszej połowie lat pięćdziesiątych ukształtowała się gospodarka centralnie planowana. Do nowej sytuacji polityczno-gospodarczej zostały dostosowane także przepisy regulujące działalność spółdzielni kredytowych³⁵.

III. Działalność gminnych kas spółdzielczych (lata 1950–1956)

12 listopada 1948 r. wszedł w życie dekret o przeprowadzeniu reformy bankowej³⁶. Wraz z dekretem o zasadach i trybie likwidacji niektórych przedsiębiorstw bankowych³⁷ oraz dekretem o zasadach i trybie likwidacji niektórych instytucji kredytu długoterminowego³⁸ przesądził o likwidacji: wszystkich istniejących w chwili wydania państwowych banków, przedsiębiorstw bankowych, Banku Gospodarstwa Spółdzielczego, banków komunalnych, komunalnych kas oszczędności, spółdzielni kredytowych oraz wszelkie-

³⁴ F. Skalniak, *op.cit.*, s. 78.

³⁵ A. Zalcewicz, *op.cit.*, s. 36.

³⁶ Dz.U. 1948, Nr 52, poz. 412.

³⁷ Dz.U. 1948, Nr 52, poz. 410.

³⁸ Dz.U. 1948, Nr 52, poz. 411.

go rodzaju kas przezorności i innych instytucji o podobnym charakterze. Nie zlikwidowano jedynie Narodowego Banku Polskiego. Decyzja o likwidacji wynikała z założenia, że koncepcję nowego systemu bankowego można skutecznie zrealizować jedynie przez całkowite oderwanie się od przedwojennej i okupacyjnej działalności banków, co zostało zrealizowane, oraz od metod organizacji i działania tych banków, czego realizacja okazała się w późniejszym czasie iluzoryczna³⁹.

W myśl przepisów dekretu o przeprowadzeniu reformy bankowej, do wykonywania czynności bankowych powołane zostały wyłącznie banki państwowe, banki w formie spółek akcyjnych i spółdzielnie kredytowe⁴⁰. Kontrolę nad bankami i spółdzielniami kredytowymi sprawował Minister Skarbu (w późniejszym czasie Minister Finansów)⁴¹. Spółdzielniami kredytowymi w rozumieniu art. 1 dekretu były:

1. „gminne kasy spółdzielcze, będące samopomocowymi instytucjami obsługi potrzeb finansowych rolników na terenie jednej lub kilku gmin wiejskich i stanowiące zarazem organ pomocniczy Banku Rolnego;
2. pracownicze kasy spółdzielcze, tworzone przy zakładach pracy, związkach i organizacjach zawodowych, będące samopomocowymi instytucjami finansowymi świata pracy;
3. miejskie spółdzielnie kredytowe, będące samopomocowymi instytucjami obsługi potrzeb finansowych ludności miejskiej, w szczególności rzemiosła i stanowiące zarazem organ pomocniczy Banku Rzemiosła i Handlu”⁴².

Bank Rolny i Bank Rzemiosła Handlu to nowe banki powołane na mocy dekretu o przeprowadzeniu reformy bankowej, których zadaniem – obok wykonywania funkcji central finansowych, organizacyjnych i rewizyjnych dla kas spółdzielczych⁴³ (Bank Rolny dla gminnych kas spółdzielczych, Bank Rzemiosła i Handlu dla miejskich spółdzielni kredytowych) – było odpowiednio:

- finansowanie rolnictwa w zakresie kredytów obrotowych i inwestycyjnych oraz kontrola gospodarki finansowej rolnictwa (Bank Rolny)⁴⁴;
- finansowanie, w zakresie kredytów obrotowych rzemiosła, drobnego przemysłu i handlu oraz kontrola gospodarki finansowej osób korzystających z tych kredytów (Bank Rzemiosła i Handlu)⁴⁵.

³⁹ E.Skalniak, *op.cit.*, s. 79.

⁴⁰ Art. 1 dekretu z dnia 25 października 1948 r. o reformie bankowej, Dz.U. 1948, Nr 52, poz. 412.

⁴¹ Art. 2 dekretu z dnia 25 października 1948 r. o reformie bankowej, Dz.U. 1948, Nr 52, poz. 412.

⁴² Art. 21 dekretu z dnia 25 października 1948 r. o reformie bankowej, Dz.U. 1948, Nr 52, poz. 412.

⁴³ Art. 24 dekretu z dnia 25 października 1948 r. o reformie bankowej, Dz.U. 1948, Nr 52, poz. 412.

⁴⁴ Art. 6 pkt 1 dekretu z dnia 25 października 1948 r. o reformie bankowej, Dz.U. 1948, Nr 52, poz. 412.

⁴⁵ Art. 6 pkt 3 dekretu z dnia 25 października 1948 r. o reformie bankowej, Dz.U. 1948, Nr 52, poz. 412.

Nadzór nad pracowniczymi kasami spółdzielczymi objęła Pocztowa Kasa Oszczędności⁴⁶. Z dniem 30 kwietnia 1954 roku zostały one jednak związane z radami zakładowymi w zakładach pracy i tym samym utraciły charakter spółdzielni⁴⁷. W 1950 r. zlikwidowano również miejskie spółdzielnie kredytowe, które zostały rozporządzeniem Ministra Finansów przejęte przez Bank Rzemiosła i Handlu, który następnie zlikwidowano z dniem 31 grudnia 1950 r. Po tych zmianach jedynymi spółdzielniami kredytowymi pozostały gminne kasy spółdzielcze⁴⁸.

Z dniem wejścia w życie dekretu tworzenie nowych spółdzielni kredytowych mogło nastąpić jedynie na podstawie zezwoleń, które były wydawane przez odpowiednie centrale nadzorcze; ogólny plan ich rozmieszczenia zatwierdzał Minister Skarbu⁴⁹. Dekret o przeprowadzeniu reformy bankowej z 1948 r. przewidywał również upoważnienie Ministra Skarbu do ustalenia rozporządzeniem, po wysłuchaniu opinii Centralnego Związku Spółdzielczego, wzorcowego statutu dla spółdzielni kredytowej. Odpowiednie rozporządzenie w tej sprawie Minister Skarbu wydał 7 grudnia 1949 r.⁵⁰.

Wzorcowy statut dla gminnych kas spółdzielczych określał, że głównym celem działalności kasy jest

pomoc w podnoszeniu dobrobytu i kultury bezrolnych, małorolnych i średniorolnych chłopów, zgodnie z planami rozwoju gospodarczego wsi, oraz obrona ich przed lichwą i wyzyskiem kapitalistycznym na wsi⁵¹.

Swoje cele kasa realizować mogła przez: gromadzenie środków pieniężnych w formie wkładów i oszczędności swych członków oraz innych osób, ustalanie zapotrzebowania kredytów dla indywidualnych gospodarstw rolnych, rozdzielanie zgromadzonych przez siebie i uzyskanych ze źródeł państwowych środków pieniężnych⁵². W późniejszym czasie, zarządzeniem Ministra Finansów z dnia 31 stycznia 1952 r., gminnym kasom spółdzielczym odebrano prawo do gromadzenia środków pieniężnych we własnym imieniu, zobowiązując je do prowadzenia czynności zastępczych Powszechnej Kasy Oszczęd-

⁴⁶ Art. 24 ust. 1 pkt 2 dekretu z dnia 25 października 1948 r. o reformie bankowej, Dz.U. 1948, Nr 52, poz. 412.

⁴⁷ F. Skalniak, *op.cit.*, s. 80.

⁴⁸ A. Zalcewicz, *op.cit.*, 37.

⁴⁹ Art. 23 ust. 2 i 3 dekretu z dnia 25 października 1948 r. o reformie bankowej, Dz.U. 1948, Nr 52, poz. 412.

⁵⁰ Dz.U. 1949, Nr 62, poz. 489.

⁵¹ § 4 ust. 1 załącznika do rozporządzenia Ministra Skarbu z dnia 7 grudnia 1949 r. w sprawie ustalenia wzorcowego statutu dla gminnych kas spółdzielczych, Dz.U. 1949, Nr 62, poz. 489 (dalej jako: wzorcowy statut).

⁵² § 4 ust. 2–4 wzorcowego statutu.

ności⁵³. Prawo do prowadzenia działalności oszczędnościowej przywrócono w 1956 r.⁵⁴, a rok później rozszerzono uprawnienia do udzielania kredytów⁵⁵.

W myśl przepisów § 5. ust. 1. Rozdziału III wzorcowego statutu, członkami kasy mogły być „wszystkie osoby zamieszkałe na terenie działalności Kasy, z wyjątkiem osób znanych na terenie gminy jako wyzyskiwacze. (...) również spółdzielnie i inne osoby prawne sektora uspołecznionego”. Do zakresu praw członka należało: uczestniczenie w zebraniach członkowskich, czynne i bierne prawo wyborcze do organów kasy, korzystanie z pożyczek i innych usług kasy. Członek miał obowiązek: wpłacić wpisowe oraz zgłoszone udziały, stosować się do postanowień aktów prawnych kasy oraz współpracować w przeprowadzaniu zasad i osiąganiu celów kasy. Członek mógł być wykluczony z kasy uchwałą Walnego Zgromadzenia na wniosek Zarządu lub Komisji Rewizyjnej, jeżeli nie wypełniał obowiązków bądź świadomie szkodził kasie⁵⁶.

Statutowymi organami Kasy były: Walne Zgromadzenie, Zarząd i Komisja Rewizyjna. Walne Zgromadzenie było władzą zwierzchnią kasy, do kompetencji którego należało m.in.: wybieranie i odwoływanie członków Zarządu i Komisji Rewizyjnej, rozpatrywanie i zatwierdzanie sprawozdania rocznego Zarządu wraz z bilansem oraz rachunkiem strat i nadwyżek, uchwalenie sposobu podziału nadwyżek i pokrycia strat, przyjmowanie statutu i uchwalanie jego zmian. W Walnych Zgromadzeniach spółdzielni, których teren działania obejmował jedną gminę, a liczba członków nie przekraczała 300 osób, brali bezpośredni udział wszyscy członkowie spółdzielni, w pozostałych przypadkach – wyłącznie delegaci członków. Zgodnie ze statutem i regulaminami oraz według wytycznych Walnego Zgromadzenia i Banku Rolnego, działalnością kasy kierował Zarząd. Zarząd składał się z: przewodniczącego, dwóch członków zarządu i dwóch zastępców członków zarządu, wybieranych na okres jednego roku przez Walne Zgromadzenie. Zobowiązania Kasy, dokumenty i wszelką korespondencję podpisywali pod firmą kasy bądź przewodniczący i jeden członek zarządu, bądź dwóch członków Zarządu. W razie nieprzestrzegania przepisów statutu bądź zarządzeń Banku Rolnego, niewłaściwego wykonania planu potrzeb kredytowych lub działalności szkodliwej dla interesu publicznego, Bank Rolny mógł zawiesić w czynnościach Zarząd kasy lub poszczególnych jego członków; zawie-

⁵³ M.P. 1952, Nr A-15, poz. 178

⁵⁴ Zarządzenie Ministra Finansów z dnia 23 października 1956 r. zmieniające zarządzanie z dnia 31 stycznia 1952 r. w sprawie prowadzenia przez gminne kasy spółdzielcze czynności zastępczych PKO, M.P. 1956, Nr 100, poz. 1159.

⁵⁵ Zarządzenie Ministra Finansów z dnia 22 maja 1957r. w sprawie udzielania pomocy kredytowej Państwa na rozwój produkcji rolnej i rzemiosła wiejskiego, M.P. 1957, Nr 48, poz. 293.

⁵⁶ §6, §7 oraz § 8. ust. 2 wzorcowego statutu.

szonym przysługiwało prawo odwołania się do Ministra Skarbu⁵⁷. Według § 25 ust. 2 wzorcowego statutu

Bank Rolny powierza w tych przypadkach wykonywanie czynności członków Zarządu innym wyznaczonym przez siebie osobom, do czasu wybrania przez Walne Zgromadzenie nowych członków Zarządu.

Komisja Rewizyjna nadzorowała działalność Zarządu i przeprowadzała rewizję gospodarki i księgowości kasy⁵⁸.

Wzorcowy statut przewidywał również istnienie społecznych organów kontroli kasy w postaci Gminnych i Gromadzkich Zebrań Członkowskich, podczas których omawiano plany potrzeb kredytowych gminy i gromady oraz składano sprawozdanie, komu i na jakie cele zostały udzielone pożyczki. Społecznym organem kontroli kasy był również zarząd oddziału gminnego Związku Samopomocy Chłopskiej, który współpracował z kasą poprzez uczestniczenie w planowym i sprawiedliwym podziale kredytów na poszczególne gromady, pomagał rolnikom w wypełnianiu druków pożyczkowych, przyjmował i opiniował zgłoszenia o pożyczki, kontrolował celowość udzielania kredytu oraz jego zużycia⁵⁹.

Postanowieniami dekretu z 1948 r. o reformie bankowej zahamowano naturalny rozwój polskiej spółdzielczości kredytowej opartej na samodzielności i samorządności spółdzielni. Od 1950 r. stworzono wszechogarniający system gospodarki scentralizowanej, nakazowej. Działalność spółdzielni regulowana była szczegółowymi instrukcjami ministra finansów lub banków państwowych, co powodowało zanikanie inicjatywy i aktywności członków, biurokratyzowanie się spółdzielni oraz zamieranie działalności organów samorządowych. Wszystkie spółdzielnie ukształtowano według jednego schematu organizacyjnego i ustalono dla nich jednakowy zakres działalności, niezależnie od miejscowych warunków i potrzeb. Rola gminnych kas spółdzielczych na wsi była bardzo ograniczona. Straciły one w zasadzie swój spółdzielczy, samorządowy charakter i stały się częścią państwowego aparatu kredytowego na wsi. Ówczesna doktryna socjalistyczna nie przewidywała dla banków istnienia formy spółdzielczej. W przyszłości nie widziała również miejsca dla rolniczej własności indywidualnej. Pomoc dla tego rolnictwa uważano za sytuację przejściową dyktowaną potrzebami chwili. W skali bloku socjalistycznego obowiązująca była powszechna nacjonalizacja banków. Jedynie w Polsce dopuszczono w bardzo ograniczonym zakresie spółdzielczość kredytową⁶⁰.

⁵⁷ Wzorcowy statut, *passim*.

⁵⁸ § 27 ust. 1 wzorcowego statutu.

⁵⁹ § 30 i § 35 wzorcowego statutu.

⁶⁰ F. Skalniak, *op.cit.*, s. 80–81.

IV. Działalność spółdzielni oszczędnościowo-pożyczkowych (lata 1956–1975)

W konsekwencji wydarzeń z października 1956 roku i okresu „destalinizacji” w Polsce, w latach 1956–1958 w gospodarce narodowej zaczęto realizować nowe koncepcje, powracając do zdecentralizowanego zarządzania. Dla zapewnienia prawidłowości funkcjonowania zdecentralizowanego przemysłu, rolnictwa, handlu itd. konieczne były zmiany w systemie bankowym⁶¹.

Proces przywrócenia spółdzielniom kredytowym ich spółdzielczego i samorządnego charakteru rozpoczęto od ustalenia nowego statutu wzorcowego. Nowy wzorcowy statut wprowadzało Zarządzenie Ministra Finansów z dnia 13 kwietnia 1956 r.⁶² Umożliwiał on m.in. przyjmowanie na członków kas wszystkich rolników i osób związanych z rolnictwem, znosił społeczne organy kontroli kasy (likwidując silne uzależnienie kas od Związku Samopomocy Chłopskiej) i Komisję Rewizyjną. Zastąpiono je Radą Kasy, jednocześnie istotnie zwiększając jej uprawnienia, np. do zawieszania członków Zarządu na równi z prawami Centrali. Kadencję Zarządu wydłużono do 3 lat. Ponadto spółdzielnie zostały uprawnione do: udzielania pożyczek z własnych środków, udzielania zapomóg członkom oraz gromadzenia wkładów oszczędnościowych na własny rachunek. Omawiany statut wprowadził nową, powszechnie stosowaną nazwę „kasa spółdzielcza”.

Centralą w rozumieniu dokumentu nie był już Bank Rolny, lecz Narodowy Bank Polski. Było to konsekwencją przekazania NBP przez Bank Rolny kontroli nad spółdzielczością wiejską. Uchwałą Prezydium Rządu nr 502 z dnia 1 lipca 1953 r. w sprawie przejęcia niektórych agend Banku Rolnego przez Narodowy Bank Polski oraz prezydium rad narodowych, kierując się wzorami radzieckimi rozgraniczającymi finansowanie inwestycji od kredytowania eksploatacji, podjęto decyzję takiego rozdziału w stosunku do rolnictwa i leśnictwa. W rezultacie Bank Rolny stał się bankiem finansującym wyłącznie inwestycje i kapitalne remonty oraz instytucją dla przedsiębiorstw budownictwa terenowego. Agendy Państwowego Funduszu Ziemi zostały przejęte wraz z aktywami i pasywami przez prezydium rad narodowych. Również w tym okresie Bank Rolny przekazał Narodowemu Bankowi Polskiemu kredytowanie PGR, POM i innych przedsiębiorstw podlegających ministerstwu rolnictwa i leśnictwa, a także rolniczych spółdzielni produkcyjnych⁶³.

⁶¹ A. Zalcewicz, *op.cit.*, s. 38

⁶² M.P. 1956, Nr 31, poz. 401.

⁶³ J. Gliniecka, *op.cit.*, s. 32.

Nowelizacja dekretu o reformie bankowej, dokonana ustawą z dnia 29 maja 1957 r.⁶⁴, również wprowadziła radykalne, korzystne zmiany w sytuacji spółdzielni kredytowych, które mogły podjąć działalność według zasad spółdzielczych. Przywrócono im dawną nazwę: „spółdzielnie oszczędnościowo-pożyczkowe” oraz prawo do wydawania własnych książeczek oszczędnościowych i przyjmowania wkładów na własny rachunek, co stworzyło podstawy do prowadzenia samodzielnej działalności kredytowej. Spółdzielnie oszczędnościowo-pożyczkowe miały jednak mocno ograniczoną samodzielność. Ani kasy spółdzielcze, ani spółdzielnie oszczędnościowo-pożyczkowe nie prowadziły pełnej działalności bankowej lub spółdzielczej. Działalność oszczędnościową, podobnie jak później banki spółdzielcze, prowadziły wprowadzając na własny rachunek, ale za zwrot wkładów oszczędnościowych, w odróżnieniu od okresu dwudziestolecia międzywojennego, odpowiadał Skarb Państwa. Spółdzielnie oszczędnościowo-pożyczkowe zobowiązane były do prowadzenia działalności kredytowej nie w oparciu o własne możliwości finansowe (nawet gdyby były samowystarczalne), ale w ramach planu kredytowego⁶⁵.

Usamodzielnianie spółdzielni i ich organów doprowadziło do powołania przez Krajowy Zjazd Delegatów Spółdzielni w sierpniu 1957 r. Związku Spółdzielni Oszczędnościowo-Pożyczkowych, który podjął działalność z dniem 1 stycznia 1958 r. Związek przejął funkcję centrali organizacyjno-rewizyjnej zrzeszonych w nim spółdzielni oszczędnościowo-pożyczkowych. Krajowy Zjazd Delegatów powołał również Radę Związku jako organ nadzorujący i kontrolujący całokształt jego działalności. Organem wykonawczym Związku stał się Zarząd wybierany przez Radę. Na szczeblu wojewódzkim powołano wojewódzkie oddziały Związku kierowane przez dyrektorów będących pełnomocnikami Zarządu Związku. Organami samorządowymi Związku na szczeblu wojewódzkim zostały wojewódzkie rady wybierane przez Wojewódzkie Zjazdy Delegatów SOP. Do zadań Związku jako centrali organizacyjno-rewizyjnej należało przede wszystkim: udzielanie pomocy spółdzielniom w wykonaniu ich statutowych zadań gospodarczych i społeczno-samorządowych, ustalanie kierunków rozwoju gospodarki narodowej, prowadzenie działalności instrukcyjno-rewizyjnej i czuwanie nad przestrzeganiem praworządności oraz demokracji wewnątrzspółdzielczej. Taki stan organizacyjny utrzymał się do wejścia w życie ustawy bankowej w 1975 r.⁶⁶

W 1960 r. uchwalono nową ustawę regulującą prawo bankowe⁶⁷. Utrzymała ona zasadę, że do wykonywania czynności bankowych uprawnione są obok banków państwowych

⁶⁴ Dz.U. 1957, Nr 31, poz. 136.

⁶⁵ F. Skalniak, *op.cit.*, s. 83.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 82.

⁶⁷ Dz.U. 1960, Nr 20, poz. 121.

i banków w formie spółki akcyjnej także spółdzielnie oszczędnościowo-pożyczkowe⁶⁸. Spółdzielnie oszczędnościowo-pożyczkowe zostały ponadto uprawnione do używania nazwy „bank” z dodatkiem „spółdzielczy” lub „ludowy”. Tak więc w omawianym okresie nazwa bank nie była zastrzeżona wyłącznie dla podmiotów o statusie banku⁶⁹. Nadzór nad wykonywaniem czynności bankowych przez spółdzielnie pozostawał nadal w rękach Ministra Finansów⁷⁰.

W myśl przepisów nowej ustawy głównym celem działalności spółdzielni oszczędnościowo-pożyczkowej było finansowanie i obsługa bankowa ludności w zakresie rolnictwa, drobnej wytwórczości i usług na wsi i w mieście. Zadaniem spółdzielni było: gromadzenie oszczędności pieniężnych ludności, udzielanie pożyczek i obsługa finansowa ludności zamieszkałej na terenie działania spółdzielni, wykonywanie innych czynności bankowych – w zakresie ustalonym przez Ministra Finansów w porozumieniu z centralną organizacją spółdzielczą⁷¹. Spółdzielnie udzielały kredytów w oparciu o gromadzone przez siebie oszczędności ludności wiejskiej oraz o udzielone im przez Bank Rolny kredyty refinansowe⁷².

Minister Finansów w porozumieniu z centralną organizacją spółdzielczą mógł zlecać spółdzielniom oszczędnościowo-pożyczkowym wykonywanie czynności nieprzewidzianych w niniejszym prawie lub ich statutach. Taka też sytuacja miała miejsce m.in. w 1975 roku, gdy Minister Finansów wydał 8 kwietnia zarządzenie w sprawie przedpłat na nabycie niektórych rodzajów ciągników przez rolników indywidualnych. Z dniem 1 maja 1975 r. spółdzielnie oszczędnościowo-pożyczkowe rozpoczęły przyjmowanie od rolników przedpłat w ramach specjalnych książeczek oszczędnościowych na nabycie w drugim półroczu 1975 r. oraz w latach 1976–1977 ciągników „Ursus C-330” i „Ursus C-355”⁷³. Szczegółowy zakres działania spółdzielni oszczędnościowo-pożyczkowych regulowały dodatkowo dwa Zarządzenia Ministra Finansów z dnia 3 października 1963 r.⁷⁴ oraz z dnia 5 września 1974 r.⁷⁵.

Analizując szczegółowo pierwsze z zarządzeń, należy wskazać, że spółdzielnie mogły udzielać pożyczek ze środków własnych i zgromadzonych środków ludności na: pożyczki obrotowe na cele produkcyjne, pożyczki inwestycyjne na remonty i drobne cele inwe-

⁶⁸ Art. 2 ustawy z dnia 13 stycznia 1960 r. o prawie bankowym, Dz.U. 1960, Nr 20, poz. 121.

⁶⁹ A. Zalcewicz, *op.cit.*, s. 39.

⁷⁰ Art. 3 ustawy z dnia 13 stycznia 1960 r. o prawie bankowym, Dz.U. 1960, Nr 20, poz. 121.

⁷¹ Art. 32 ustawy z dnia 13 stycznia 1960 r. o prawie bankowym, Dz.U. 1960, Nr 20, poz. 121.

⁷² L. Kurowski, M. Weralski, *Prawo finansowe*, Warszawa 1973, s. 378.

⁷³ M.P. 1975, Nr 13, poz. 74.

⁷⁴ M.P. 1963, Nr 79, poz. 386.

⁷⁵ M.P. 1974, Nr 32, poz. 190.

stycyjne oraz pożyczki dla członków na cele nieprodukcyjne (pilne potrzeby płatnicze). Akcja kredytowa SOP-ów opierała się jednak przede wszystkim na pożyczkach w ramach państwowej pomocy kredytowej o zasadach określonych przez Ministra Finansów, które były udzielane w ramach planu kredytowego. Do pożyczek tych należały m.in.:

- pożyczki obrotowe na kontraktację produkcji rolnej i na inne cele produkcyjne dla indywidualnych gospodarstw rolnych oraz dla innych grup ludności wiejskiej posiadających warunki do prowadzenia produkcji rolnej;
- pożyczki obrotowe na rozwój drobnej wytwórczości i usług indywidualnych warsztatów rzemieślniczych, prywatnego chałupnictwa, przemysłu i handlu;
- pożyczki inwestycyjne średnioterminowe na inwestycje produkcyjne oraz na remonty i drobne budownictwo, jak budowa silosów, gnojowni, studni oraz innych obiektów gospodarczych i mieszkalnych;
- pożyczki na zakup towarów i usług objętych ratalną sprzedażą dla ludności zamieszkałej na terenie działalności spółdzielni oszczędnościowo-pożyczkowej.

Spółdzielnie oszczędnościowo-pożyczkowe miały prawo gromadzenia i obsługi wkładów oszczędnościowych oraz wystawiania imiennych książeczek na te wkłady. SOP-y mogły otwierać rachunki bieżące dla: osób fizycznych o pełnej zdolności do czynności prawnych zamieszkałych na terenie działalności spółdzielni, jednostek gospodarki nieuspołecznionej i związków wyznaniowych, kółek rolniczych, organizacji społecznych i zawodowych, pracowniczych kas zapomogowo-pożyczkowych itd. Spółdzielnie te zostały nadto wskazane do obsługi kasowo-rozliczeniowej spółdzielni wiejskich oraz instytucji zajmujących się kontraktacją i skupem produkcji rolnej⁷⁶.

V. Działalność banków spółdzielczych (lata 1975–1989)

Z dniem 1 czerwca 1975 r. wszedł w życie nowy, dwustopniowy podział administracyjny państwa. Jednostkami administracyjnymi stopnia podstawowego stały się gminy i miasta oraz dzielnice większych miast. Jednostkami stopnia drugiego były województwa, których utworzono 49. W 1975 r. dokonano zasadniczych zmian również w systemie bankowym. Zakończył się trwający od 1948 r. proces centralizacji bankowości; funkcjonujący od 1945 r. Narodowy Bank Polski wskutek stopniowego przekształcania i redukcji istniejących instytucji bankowych oraz uproszczenia, konsolidacji i rozwoju sieci placówek bankowych stał się w 1975 r. faktycznie monobankiem⁷⁷. Obok połączenia Narodowego Banku

⁷⁶ M.P. 1963, Nr 79, poz. 386.

⁷⁷ A. Zalcewicz, *op.cit.*, s. 40.

Polskiego i Powszechnej Kasy Oszczędności, przy niezmiennym zakresie działania jednostek operacyjnych tych dwu banków, utworzono nowy bank pod nazwą Bank Gospodarki Żywnościowej. Miał obsługiwać rolnictwo, przemysł rolno-spożywczy, leśnictwo i przemysł drzewny oraz gospodarkę wodną⁷⁸. Bank Gospodarki Żywnościowej powstał z połączenia Centralnego Związku Spółdzielni Oszczędnościowo-Pożyczkowych i Banku Rolnego jako spółka, której udziały należały do państwa i banków spółdzielczych⁷⁹.

Zasadniczą zmianą, jaką do spółdzielczości kredytowej wprowadzała nowa ustawa o prawie bankowym z dnia 12 czerwca 1975 r.⁸⁰, było zastrzeżenie prawa wykonywania czynności bankowych wyłącznie dla banków, co w konsekwencji spowodowało przekształcenie spółdzielni oszczędnościowo-pożyczkowych w banki spółdzielcze, przy zachowaniu ich lokalnego charakteru⁸¹. Banki spółdzielcze pozostały jednak nadal spółdzielniami i podlegały wpisowi do rejestru spółdzielni⁸². Państwowo-społdzielczy Bank Gospodarki Żywnościowej spełniał w stosunku do banków spółdzielczych rolę, jaką pełnił przedtem Centralny Związek Spółdzielni Oszczędnościowo-Pożyczkowych względem SOP-ów. Był zatem centralą organizacyjną, finansową i rewizyjną banków spółdzielczych i wykonywał wobec nich funkcje przewidziane w prawie spółdzielczym dla centralnych związków spółdzielczych⁸³.

Zakres podstawowych zadań banków spółdzielczych wyznaczał art. 51 ust. 1 nowej ustawy; obejmował on:

- gromadzenie oszczędności pieniężnych ludności,
- udzielanie (w zakresie i na zasadach określonych przez Ministra Finansów) kredytów osobom prowadzącym na terenie działania banku spółdzielczego gospodarstwo rolne bądź działalność gospodarczą zaliczaną do pozarolniczej gospodarki nie uspołecznionej oraz pozostałej ludności wiejskiej zamieszkałej na terenie działania banku spółdzielczego,
- obsługę kasowo-rozliczeniową instytucji prowadzących na terenie działania banku spółdzielczego działalność gospodarczą w zakresie kontraktacji i skupu produkcji rolnej, zaopatrzenia wsi i świadczenia usług, jak również obsługę kasową budżetów gminnych rad narodowych (rad narodowych miasta i gminy) oraz jednostek i zakładów budżetowych objętych budżetami gminnych rad narodowych (rad narodowych miasta i gminy)⁸⁴.

⁷⁸ F. Skalniak, *op.cit.*, s. 87.

⁷⁹ Z. Dobosiewicz, *op.cit.*, s. 51.

⁸⁰ Dz.U. 1975, Nr 20, poz. 108.

⁸¹ A. Zalcewicz, *op.cit.*, s. 41.

⁸² F. Skalniak, *op.cit.*, s. 88.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Dz.U. 1975, Nr 20, poz. 108.

U podstaw powołania BGŻ i nadania mu formy prawnej banku państwowo-spółdzielczego oraz bezpośredniego powiązania z bankami spółdzielczymi leżały dwie przesłanki:

- próba stworzenia warunków do zintegrowanego oddziaływania, w tym także przez finanse, na rozwój jednostek zaliczanych do kompleksu gospodarki żywnościowej;
- utworzenie w gminach placówek bankowych o rozszerzonym zakresie działania.

Tworząc zintegrowaną strukturę BGŻ i banków spółdzielczych, usiłowano wzmocnić centralistyczną politykę pieniężno-kredytową wobec rolnictwa i prawie całego przemysłu spożywczego. Niestety działanie to równocześnie osłabiło spółdzielczość kredytową, a zwłaszcza samopomoc finansową⁸⁵.

Po 1975 r. nastąpił bardzo dynamiczny rozwój banków spółdzielczych. Przejęły one wówczas całość kredytów inwestycyjnych przeznaczonych w planie kredytowym dla ludności wiejskiej oraz gospodarki nieuspołecznionej na wsi i w mieście, łącznie z kredytowaniem budownictwa mieszkaniowego. Ponadto opanowały zupełnie obsługę kredytową sprzedaży gruntów z Państwowego Funduszu Ziemi i zaczęły udzielać kredytów na zakup nieruchomości rolnych w prywatnym obrocie ziemią. Znacznie rozwinęły również działalność rozliczeniową, czyli obsługę obrotu pieniężnego na wsi. Banki spółdzielcze stały się rzeczywistymi bankami i najniższym ogniwem systemu bankowego w Polsce. Jednakże fakt przejęcia przez Bank Gospodarki Żywnościowej funkcji centrali finansowej i organizacyjnej uważać trzeba pod względem formalnym jako krok wstecz w funkcjonowaniu zasad spółdzielczych⁸⁶. Przykładem istotnego ograniczenia zasad spółdzielczych w ramach funkcjonowania banku spółdzielczego było powierzenie dyrektorowi banku, powoływanemu przez Prezesa Banku Gospodarki Żywnościowej, prawa do składania oświadczeń w zakresie praw i obowiązków majątkowych dotyczących czynności bankowych banków spółdzielczych. Tak więc tym samym istotnie ograniczono rolę spółdzielczego zarządu banku⁸⁷.

Na czele Banku Gospodarki Żywnościowej stał Prezes, który zgodnie z ustawą kierował jego działalnością oraz reprezentował na zewnątrz. Prezesa powoływał i odwoływał Prezes Rady Ministrów, na wniosek Ministra Finansów. Prezes banku stał na czele zarządu, w skład którego wchodził również wiceprezesi i inni członkowie zarządu powoływani i odwoływani przez Ministra Finansów na wniosek prezesa. Silną pozycję gwarantowały przepisy ustawy uprawniające Prezesa do samodzielnego składania oświadczeń

⁸⁵ J. Gliniecka, *op.cit.*, s. 44–45.

⁸⁶ F. Skalniak, *op.cit.*, s. 89.

⁸⁷ Art. 49 ust. 3 ustawy z dnia 12 czerwca 1975 r. – Prawo bankowe, Dz.U. 1975, Nr 20, poz. 108.

w zakresie praw i obowiązków majątkowych BGŻ⁸⁸.

Do kompetencji Prezesa Banku Gospodarki Żywnościowej w stosunku do podległych BGŻ banków spółdzielczych należało m.in. (obok powoływania dyrektorów banków):

- (...) reprezentowanie na zewnątrz Banku i zrzeszonych w nim banków spółdzielczych,
- wydawanie oświadczeń o celowości założenia banku spółdzielczego lub zmianie jego statutu,
- sprawowanie nadzoru nad działalnością banków spółdzielczych,
- podejmowanie decyzji o uchyleniu uchwał walnego zgromadzenia członków lub rady banku spółdzielczego w wypadkach⁸⁹ przewidzianych ustawą o spółdzielniach i ich związkach (...) ⁹⁰.

Centrala BGŻ projektowała zasady udzielania kredytów, zasady i formy działalności oszczędnościowej na wsi oraz realizację polityki finansowej i kredytowej w stosunku do jednostek obsługiwanych przez bank. Prezes BGŻ, podobnie jak Prezes NBP, miał prawo wydawać zarządzenia wewnętrzne, instrukcje i inne przepisy normujące działalność i organizację swych banków⁹¹.

Nowa ustawa o prawie bankowym przewidywała również istnienie ogólnokrajowych i terenowych organów samorządowych banków spółdzielczych w postaci:

- Krajowego Zjazdu Delegatów banków spółdzielczych i wybranej przez niego Rady Banku Gospodarki Żywnościowej;
- wojewódzkich zjazdów delegatów banków spółdzielczych i wybranych przez nie rad wojewódzkich Banku Gospodarki Żywnościowej⁹².

Krajowy Zjazd Delegatów i wojewódzkie zjazdy w myśl przepisów statutu BGŻ były zwoływane co 4 lata. Do ich kompetencji należała ocena sprawozdań z działalności

⁸⁸ Art. 45–47 ustawy z dnia 12 czerwca 1975 r. – Prawo bankowe, Dz.U. 1975, Nr 20, poz. 108.

⁸⁹ Zgodnie z art. 39 § 1 ustawy z dnia 17 lutego 1961 r. o spółdzielniach i ich związkach (Dz.U. 1961, Nr 12, poz. 61, z późn.zm.) zarząd właściwego centralnego związku mógł na wniosek członka spółdzielni, jej statutowych organów lub z własnej inicjatywy uchylić uchwałę walnego zgromadzenia w ciągu czterech tygodni od dnia powzięcia o niej wiadomości, nie później jednak niż w ciągu roku od jej podjęcia. Podstawą uchylenia uchwały mogło być naruszenie przez nią przepisów prawa, statutu oraz uchwał właściwych związków i Naczelnej Rady Spółdzielczej dotyczących zasad gospodarki planowej, dyscypliny finansowej i inwestycyjnej.

⁹⁰ § 5 ust. 2 Statutu Banku Gospodarki Żywnościowej, nadanego Uchwałą Nr 117 Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 1975 r. w sprawie nadania statutu Banku Gospodarki Żywnościowej oraz zasad opodatkowania tego Banku i zrzeszonych w nim banków spółdzielczych, M.P. 1975, Nr 23, poz. 144 (dalej: statut BGŻ).

⁹¹ R. Ciałkowski, *Finansowoprawna podmiotowość banku socjalistycznego*, Acta Universitatis Lodziensis. Seria 1. Nauki Humanistyczno-Społeczne 65/1979, s. 82–83.

⁹² Art. 43 ustawy z dnia 12 czerwca 1975 r. – Prawo bankowe, Dz.U. 1975, Nr 20, poz. 108.

banków spółdzielczych i opracowywanie wniosków dotyczących tej działalności, a także powoływanie i nadzór nad Radą BGŻ odpowiedniego szczebla⁹³.

Rada BGŻ składała się z 35 członków i 17 zastępców członków wybieranych przez Krajowy Zjazd Delegatów. Jako centralny organ samorządowy banków spółdzielczych w okresie między zjazdami, zajmowała się m.in. rozpatrywaniem projektów planów wykorzystania funduszy scentralizowanych banków spółdzielczych, ustalaniem wytycznych do podziału nadwyżki bilansowej banków spółdzielczych w ramach obowiązujących zasad gospodarki finansowej, opiniowaniem kierunków i planów szkolenia pracowników oraz członków organów samorządowych banków spółdzielczych, działalnością instrukcyjną oraz udzielaniem pomocy bankom spółdzielczym w ich działalności społecznej i samorządowej itd.⁹⁴

Rady wojewódzkie BGŻ składały się z od 7 do 21 członków i z od 3 do 5 zastępców członków wybieranych przez wojewódzkie zjazdy delegatów. Do kompetencji rad należało m.in. zgłaszanie wniosków i postulatów Radzie BGŻ w sprawach działalności i rozwoju banków spółdzielczych, rozpatrywanie wniosków banków o pokrycie strat i przedstawianie ich Radzie BGŻ, przedstawianie wniosków o odwołanie dyrektora banku spółdzielczego⁹⁵.

Kompetencje ogólnokrajowych organów samorządowych banków spółdzielczych zwiększyły się w 1981 r. wraz z nowelizacją ustawy – Prawo bankowe⁹⁶. Nowelizacja osłabiła silną pozycję Prezesa BGŻ przez przesądzenie, że działalnością Banku Gospodarki Żywnościowej kieruje Zarząd. Prezes BGŻ od tego momentu powoływany był przez Prezesa Rady Ministrów na wspólny wniosek Krajowej Rady Banku i Ministra Finansów. Krajowa Rada Banku uzyskała nadto kompetencję do powoływania wiceprezesów i pozostałych członków zarządu BGŻ⁹⁷.

W 1982 r. uchwalono dwie ustawy o zasadniczym znaczeniu dla funkcjonowania banków spółdzielczych: ustawę z dnia 26 lutego 1982 r. – Prawo bankowe⁹⁸ oraz ustawę z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze⁹⁹. Rozwiązania przyjęte w obu aktach prawnych pozwoliły na zwiększenie samodzielności działania banków spółdzielczych oraz wzrost ich samorządności, choć nadal podmioty te nie były w pełni autonomiczne.

⁹³ § 11, § 13 ust. 1, § 14 ust. 1 i § 14 ust. 2 statutu BGŻ.

⁹⁴ § 15 ust. 1 i § 16 statutu BGŻ.

⁹⁵ § 15 ust. 2 i § 17 statutu BGŻ.

⁹⁶ Ustawa z dnia 3 lipca 1981 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe, Dz.U. 1981, Nr 17, poz. 82.

⁹⁷ Art. 43 ust. 1 oraz art. 46 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 3 lipca 1981 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe, Dz.U. 1981, Nr 17, poz. 82.

⁹⁸ Dz.U. 1982, Nr 7, poz. 56.

⁹⁹ Dz.U. 1982, Nr 30, poz. 210.

W stosunku do banków spółdzielczych wprowadzono nowe rozwiązania prawne dotyczące ich zrzeszania. Przyjęto, że będą mogły funkcjonować zarówno banki zrzeszone w banku państwowo-spółdzielczym (przy czym mógł być to BGŻ albo inny bank państwowo-spółdzielczy), jak i niezrzeszone w banku państwowo-spółdzielczym¹⁰⁰.

Została w nowy sposób uregulowana procedura tworzenia banku spółdzielczego zróżnicowana ze względu na to, czy dany bank będzie funkcjonował jako bank zrzeszony, czy też nie. W pierwszym przypadku został przewidziany identyczny tryb postępowania jak w przypadku tworzenia innych spółdzielni. W drugim, poza koniecznością spełnienia wyżej wskazanych wymagań, niezbędna była zgoda Rady Ministrów. Zakres działalności banków spółdzielczych rozszerzono w taki sposób, że w coraz szerszym zakresie następowało ich zrównywanie z pozostałymi bankami. Ograniczono również kompetencje władcze BGŻ, m.in. bank ten utracił prawo do wydawania oświadczenia o celowości założenia banku spółdzielczego, obligatoryjnego określania statutów i regulaminów itd. na korzyść funkcji reprezentacyjnych, instruktażowych, szkoleniowych i lustracyjnych¹⁰¹.

VI. Podsumowanie

Ustawa Prawo bankowe z 1982 r. była ważkim etapem w rozwoju polskiej bankowości. Jej rola zaznaczyła się zwłaszcza we wprowadzeniu elementów cywilistycznych do czynności bankowych, aczkolwiek samodzielność banków w decydowaniu o zakresie własnej działalności była nadal ograniczona. Ustawa miała tworzyć dla Narodowego Banku Polskiego warunki instytucjonalne do współdziałania w tworzeniu planów społeczno-gospodarczych oraz polityki gospodarczej państwa; banki miały brać udział w jej formułowaniu. Powołano również Radę Prezesów jako organ koordynujący działalność wszystkich banków, kierował nią Prezes NBP. Ustawa ponadto miała między bankami a przedsiębiorstwami ustanowić stosunki oparte na zasadach umownych¹⁰². W działalności banków brakowało jednak spełnienia podstawowych założeń reformy gospodarczej: zasady samofinansowania oraz konkurencyjności. Stosunki między bankami a podmiotami gospodarczymi miały w dalszym ciągu przymusowy charakter. Zadania systemu bankowego skoncentrowano na współdziałaniu banków w utrzymaniu równowagi pieniężnej w kraju¹⁰³.

¹⁰⁰ A. Zalcewicz, *op.cit.*, s. 43.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² W. Jaworski, *Polska reforma gospodarcza – Banki*, Warszawa 1984, s. 51–52.

¹⁰³ J. Gliniecka, *op.cit.*, s. 48.

W latach 80. w całej gospodarce pogarszały się wskaźniki ekonomiczne. Przyczyną był m.in. system dotacji i reglamentacji zaopatrzenia, zamówień rządowych, a także ingerencja w kształtowanie cen i płac. Spowodowało to nasilenie inflacji. W celu pokonania pogłębiającego się kryzysu gospodarczego władze w 1986 r. zapowiedziały zapoczątkowanie drugiego etapu reformy gospodarczej. Reforma objęła także system bankowy, który w latach 1987–1989 został przeorganizowany tak, aby stworzyć dwupoziomowy system bankowy; jego elementami miały być: bank centralny w postaci Narodowego Banku Polskiego („bank banków”) oraz banki komercyjne i spółdzielcze. W tym celu z Narodowego Banku Polskiego wydzielono Powszechną Kasę Oszczędności – bank państwowy – oraz 9 banków komercyjnych¹⁰⁴.

Nowa ustawa z dnia 31 stycznia 1989 r. – Prawo bankowe przesądziła, że banki stały się samodzielnymi i samofinansującymi się jednostkami organizacyjnymi, posiadającymi osobowość prawną, działającymi na podstawie ustawy oraz statutów. Wprowadzone zmiany spowodowały, że spółdzielnie pożyczkowe, które status banku uzyskały zaledwie czternaście lat wcześniej i które dotąd były małymi, lokalnymi podmiotami mającymi niewielkie fundusze własne, miały sprostać wymaganiom stawianym bankom. Nie bez znaczenia dla funkcjonowania banków spółdzielczych było to, że przez okres 44 lat poprzedzających wprowadzenie zmian istniejący system spowodował wypaczenie idei spółdzielczości, a centralne zarządzanie – brak doświadczenia w zakresie samodzielnego zarządzania spółdzielniami oraz poczucia odpowiedzialności za jej zobowiązania¹⁰⁵.

¹⁰⁴ A. Zalcewicz, *op.cit.*, s. 43–45.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

A Game-theoretic Explanation for the Emergence of the Second-order Rule of Justice Pacta Sunt Servanda

Streszczenie

W niniejszym artykule badaniu poddano warunki wykształcenia się reguły drugiego poziomu *pacta sunt servanda* na gruncie teorii gier. Gra dylemat więźnia może być skutecznie wykorzystywana do analizy zachowań uczestników grupy w celu badania warunków ich kooperacji i regularności w tym względzie. Reguła *pacta sunt servanda* jest przyjmowana spontanicznie przez członków tych grup, które charakteryzują się określonymi cechami. Po pierwsze, muszą zachodzić ciągle (a nie sporadyczne) interakcje między członkami grupy. Po drugie, członkowie grupy wybierają strategię typu TFT (*Tit-For-Tat*), jako że są one najbardziej efektywne w przypadku powtarzalnych interakcji. Po trzecie, można wyróżnić sankcję wymierzaną za uchybienia normie *pacta sunt servanda*. Norma ta jest internalizowana przez członków grupy jako konwencja, która służy ulepszeniu suboptymalnego *equilibrium* Nasha do sytuacji optymalnej w sensie Pareto. Odpowiednikiem sankcji w dylemacie więźnia będzie odwet gracza za nawet incydentalną zdradę oponenta. Po czwarte, wymaganie powtarzalności dylematu więźnia podkreśla potrzebę wykształcenia się zaufania między uczestnikami. Warunki takie, odpowiednie dla wykształcenia się reguły *pacta sunt servanda*, będą występować w grupach małych i spójnych, o stałym członkostwie, cechujących się występowaniem wzajemnych zależności między uczestnikami.

¹ Student V roku prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim.

² Absolwentka Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Summary

The herein research investigates the conditions for emergence of the second-order rule of justice *pacta sunt servanda* in a game theory. The prisoner's dilemma game can be effectively used in an analysis of the behaviour of the group members to establish the conditions of their co-operation and its regularity. *Pacta sunt servanda* rule would emerge spontaneously among the members of those groups that are characterised by certain requirements. Firstly, there are continuous (not occasional) interactions between group members. Secondly, group members choose a TFT strategy or its variants, as these are the most effective strategies in the case of iterated interactions. Thirdly, a sanction for incompliance with *pacta sunt servanda* norm can be distinguished. This norm is internalised by group members as a convention, which facilitates the refinement of a sub-optimal Nash equilibrium to a Pareto-optimal situation. The sanction corresponds to a retaliation of a player for even an incidental defection in a prisoner's dilemma. Finally, the necessary repetition of the prisoner's dilemma emphasises the importance of establishing trust between group members. These conditions, adequate for emergence of *pacta sunt servanda* rule, are characteristic to small, coherent, interdependent groups, with a stable membership.

1. Introduction

The aim of this paper is to present an explanation of the phenomenon of spontaneous cooperative behaviour of two active agents, and using the tools and notions in game theory while doing so. The aforementioned situation is characteristic of contractual relations, where two parties choose to fulfil their obligations without the prior knowledge whether the other party will honour the contract as well. Therefore, the cooperation in question is a behaviour that must be looked at not only to explain the rationale of entering into contractual obligations, but also to investigate the conformity to the rule of *pacta sunt servanda*. This second-order rule of justice describes positive and negative aspects of obligations of both parties. Our game theoretical analysis will show that *pacta sunt servanda* rule may spontaneously emerge between a specific type of rational players during continuous interactions between them. Such a rule may be characterised best by the notion of convention which encourages rational players to cooperate and, at the same time, protect themselves from any form of exploitation from defectors.

In game theory, the contractual situation could be described best by the prisoner's dilemma game in which the Nash equilibrium outcome is not a Pareto-optimal outcome. In a single, i.e. non-iterated, game, game-theoretically rational players will never choose a much more profitable cooperation leading to a much more profitable payoffs, but would

not rather choose cooperation or defection, scared that the only one-sided attempt to establish a cooperation between them may lead to even worse results. However, in this paper it will be shown that cooperation will emerge spontaneously between players if their interactions will be prolonged and, therefore, will continue. Additionally, the following analysis is aimed at establishing the requirements of such cooperation that must be met for it to become a constant and enduring characteristic of players' interactions. In accordance with the notion of rationality of *homo oeconomicus*, rational players maximise their own utility payoffs, but do not act altruistically and spontaneously. However, by choosing a specific type of strategy that fulfils the requirements in question, agents that are *homines oeconomici* can act in a way that not only maximises their payoffs but also does not inhibit the payoffs of their opponents. We argue that the Tit-For-Tat strategy provides for such a strategy. This analysis will show that this particular means can transform an iterated prisoner's dilemma game into a pure coordinating game, the Stag hunt game, in which the rule *pacta sunt servanda* that would emerge spontaneously as a convention, serves as a refinement of a Nash equilibrium³.

II. The Prisoner's Dilemma

A prisoner's dilemma game is a game characterised by the following order of preferable outcomes: $T > R > P > S$ and $R > (T+S)/2$.

Table 1. Prisoner's dilemma with abstract values of players' preferences and an exemplary one

P1/P2	C	D
C	R,R	T,S
D	S,T	P,P

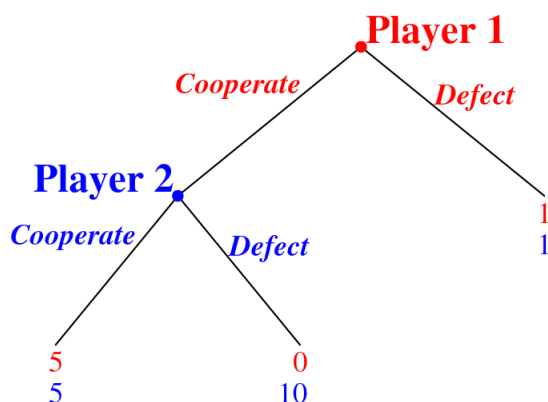
P1/P2	C	D
C	5,5	6,0
D	0,6	1,1

This dilemma can also be presented as a bargaining problem. Player 1 wants to sell a commodity that has a marginal utility of 1 for him/her and 5 for Player 2. Player 2 wants to buy it from Player 1 for the amount of money of 5 which has a marginal utility of 1 to him/her, as it has already been said. If they fulfil their contractual obligation, they will both enjoy an increase in their marginal utility up to 5. If they both defect, their money or their commodity will remain unchanged. If one of them defects while the other one follows a contractual obligation, one of the players will have everything while the other

³ See further *infra* note 21.

one will be left with nothing. As we can see, there is a strong Pareto-suboptimal Nash equilibrium⁴ formed for cell P/P – an outcome for both players choosing the strategy of defection. In terms of a contractual law, it is a situation in which both agents choose not to fulfil their contractual duties. This is because, by definition, the Nash equilibrium is a situation in which neither party is tempted to unilaterally deviate from their initial choice. Additionally, it states that a player's choice consistent with this notion is immune to the unilateral deviations of the opponent. Again, such a strategy is the one immunising player against the possibility of opponent's defection. Using the Maximin Theorem, we can notice that for the set of the following outcomes: 5 or 0 for following the contractual obligations, and 10 or 1 for defecting, the strategy of defection yields the highest minimal utility for both players⁵. According to the aforementioned theorem, *homo oeconomicus* is a player who maximises minimum payoffs and yet at the same time minimises the opponent's maximum payoffs. This is even more apparent in the situation of a non-iterated asynchronous prisoner's dilemma:

Figure 1. Extensive form of asynchronous prisoner's dilemma



It is visible that by choosing defection in a first move, Player 1 forces Player 2 to choose defection in return. On the contrary, when Player 1 chooses to cooperate he/she is acting at odds with the notion of instrumental rationality. If we assume that for both players it is true that they have common knowledge, then both of them act in compliance with

⁴ Pareto optimal equilibrium is a Nash equilibrium when the payoff of any of the players cannot be improved without worsening the payoff of the opponent. A Pareto sub-optimal equilibrium is a Nash equilibrium where it is possible to improve players' payoffs without worsening opponents' payoffs.

⁵ W. Załuski, *Game Theory in Jurisprudence*, Kraków 2013, p. 52–56. For the Maximin Theorem, also referred to as 'Minimax Theorem' or MM, see J. von Neumann, O. Morgenstern, *Theory of games and economic behavior*, Princeton 1947.

the notion of instrumental rationality, or at least one thinks that the other one acts instrumentally rationally. Therefore, Player 1 will never choose to cooperate since in the asynchronous game of prisoner's dilemma this choice will always lead to the worst outcome, that is the loser's payoff.

As we can see, in an asynchronous version of a prisoner's dilemma in non-iterated games it is not the question of actual complying with the contractual terms and fulfilling parties' duty towards a contractual partner but rather a question of lacking any rational incentive to sign a contract without any guarantees stemming from the principle of *pacta sunt servanda*. This principle serves a role of refining the Pareto-suboptimal equilibrium, thereby forcing players to choose the Pareto-optimal strategy of cooperation and fulfilment of their contractual duty. However, in a non-iterated prisoner's dilemma game with both players acting as *homines oeconomici*, it is visible that such a principle does not emerge spontaneously between two parties.

III. Iterated Prisoner's Dilemma

An iterated variant of the prisoner's dilemma is a game in which players play either the simultaneous or non-simultaneous variant of the game and repeat their interactions more than once. Due to this alteration, players must also include in their calculations the potential consequences of their present moves for the future interactions. In this analysis a game with perfect and complete information will be characterised, assuming that for both players it is common knowledge that agents are acting in accordance with the notion of instrumental rationality. In the situation of repetitive interactions between two players, it is visible that the best possible outcome from n number of games is when a universal defector meets a universal co-operator, *ergo* when one of the parties cooperates irrespective of what the other party does, and the opponent uses this strategy to maximise the payoffs by defecting every single time. By using the values from the table no. 1, Player 1 will score a value of $6n$ in an n number of prisoner's dilemma games, while the opponent will score $0n$ (nothing). This is the limit of payoffs in this particular prisoner's dilemma. The Pareto optimal solution is when both players play a strategy of universal cooperation, thus their payoffs will be $5n$. This is the outcome which results from the *pacta sunt servanda* principle and it is Pareto-optimal because it maximises total expected utility for both players. It should be noted that this Pareto-optimal refinement of Nash equilibrium is profitable from the perspective of the society, and it is also a solution to the Nash bargaining problem. In this particular game, we know that the relation between payoffs is as follows: $T > R > P > S$. Since it is a prisoner's dilemma game and additionally $S=0$ for a contractual situation, this is the loser's payoff and $R+S=P$ because

a maximised defection strategy will result in a player having both the money and the goods. Therefore, if we try to define an optimal strategy for Player 1 playing against Player 2, who can be either a Universal Defector (UD) or a Universal Co-operator (UC), we need to introduce the concept of a third player, the Nature. It chooses from the spectrum of Universal Defection (UD) and Universal Co-operation (UC) the opponent to the Player 1. The Nature is neutral towards the game itself as it does not yield any payoff no matter what action it pursues. Moreover, it chooses the characteristic of the opponent with probability p . Player 2 is, therefore, a UD with probability p , or a UC with probability $1-p$. Hence, as the best strategy against a UD is UD, Player 1 should play UD with probability $q=1$ against such a player, since $P > S$. Furthermore, the best strategy used against a UC is also to defect universally; Player 1 should also play UD with probability $z=1$, since $T > R$. To conclude, no matter what type of opponent is faced by Player 1, he/she should always play UD as it is the best response to both the UD and UC strategies.

Table 2. Optimal strategy for Player 1 playing against a Universal Defector

	Universal Defection
Universal Cooperation	T,S
Universal Defection	P,P

It is clearly visible that the optimal strategy against both types of players is for Player 1 to always choose the strategy of Universal Defection. However, because we are considering an iterated version of the prisoner's dilemma, neither does the UD nor the UC strategy finish the universe of possible strategies for Player 1. Robert Axelrod asked mathematicians to submit strategies encoded in a form of an algorithm of a computer program, which were later put to play against one another⁶. As a result, it was established that the best strategy, while playing against whatever moves the opponent makes, is the one of Tit-For-Tat (TFT)⁷. The concept of TFT is surprisingly simple: in the first move a TFT player cooperates, and in the second and every other move it repeats what the opponent has done. Therefore, after a TFT strategy is put against a Universal Defector, a TFT acts as if he/she was playing a strategy of Universal Defection. TFT played against a UC becomes itself also a Universal Co-operation. TFT played against TFT becomes a strategy of Uni-

⁶ D. Hofstadter, *Metamagical Themas: Computer Tournaments of the Prisoner's Dilemma Suggest How Cooperation Evolves*, Scientific American 248/1983, p. 10.

⁷ See R. Axelrod, W. D. Hamilton, *The Evolution of Cooperation*, Science 4489/1981, p. 1390-1396; R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, New York 1984.

versal Cooperation as well. The TFT is, therefore, a strategy that works well in various environments, as it is an effective response to the UC, the UD and itself. Axelrod called such strategies *robust*⁸.

Moreover, after the first tournament held by Axelrod, it was established that it is important to have “a policy of cooperation as often as possible, together with a willingness to retaliate swiftly against any attempted undercutting”⁹. TFT is also resistant to any strategy employing probing of the opponent with occasional defection as means of either boosting the total payoff of the opponent or probing the player using TFT. Let us assume that Player 1 uses the TFT strategy and Player 2 uses a TFT strategy with a small alteration, as he/she defects in every round with probability p equal to 10%. This strategy is called JOSS¹⁰.

Table 3. A TFT player playing against a JOSS player

	I	II	III	IV	V	VI
Player 1 (standard TFT)	C (5)	C (0)	D (6)	C (0)	D (1)	D (1)
Player 2 (JOSS)	C (5)	D (6)	C (0)	D (6)	D (1)	D (1)

It is visible that in such a situation, after the first defection of Player 2, both players started to retaliate mutually, which significantly reduced both players’ payoffs from an average of 5 per turn before the defection to $(6+0)/2=3$. Furthermore, the second defection in round V eventually leads to both players playing a Universal Defection strategy and decreasing their average payoffs per turn to 1. This resistance to opponents’ attempts to probe a TFT player, or to take advantage of TFT’s inclination to cooperate, can also be interpreted as vulnerability of JOSS strategy to the possibility that the opponent has made a mistake. There are two alternative versions to the Tit-For-Tat strategy: the Tit-For-Two-Tats, when a retaliation of Player 1 happens only after the Player 2 has defected twice in a row; and Two-Tits-For-Tat, when the retaliation of Player 1, after the defection of Player 2, lasts for two turns instead of one¹¹. The first strategy appears to be a better response to Player 2

⁸ D. Hofstadter, *Metamagical Themas: Computer Tournaments of the Prisoner’s Dilemma Suggest How Cooperation Evolves*, Scientific American 248/1983, p. 10.

⁹ *Ibidem*, p. 9.

¹⁰ JOSS’s strategy is very similar to TIT FOR TAT strategy in that it begins by cooperating, always responds to defection by defecting and nearly always responds to cooperation by cooperating. The hitch is that JOSS uses a random number generator to help it decide when to pull a “surprise defection” on the other player. JOSS is set up so that it has a 10 percent probability of defecting right after the other player has cooperated (*Ibidem*, p. 9).

¹¹ *Ibidem*, p. 8.

who, using a basic TFT strategy, makes a mistake and defects instead of cooperating, since it eliminates random mistakes from the otherwise effective cooperation. However, the Tit-For-Two-Tats can be exploited by a player who uses defection as a means of probing Player 1 or a way to boost his/her payoff by scoring a T instead of an R once in a while. The Two-Tits-For-Tat is better in disciplining the opponent and deterring the opponent from defection, but it can result in largely lowering both players' payoffs. In the second Axelrod tournament, a submitted Tit-For-Two-Tats strategy came in twenty-fourth and the submitted standard Tit-For-Tat strategy came first¹². Two Axelrod tournaments have proven that the Tit-For-Tat strategy is evolutionary stable. A population of species applying the rules of this strategy achieves an overall score higher than the one applying the others. It does not mean that TFT is always better than other approaches, but when we combine the results of many iterations of the same prisoner's dilemma played among different agents and employing different strategies, it is Tit-For-Tat that turns out to be the simplest solution presented and which yields the best overall result. If we consider the TFT and UD as separate strategies that are applied before the start of the game and unalterable during the tournament, and if we treat the total payoffs as a singular payoff from a single application of a given strategy, we can then transform the iterated prisoner's dilemma into a singular game with the following characteristics:

Table 4. An iterated prisoner's dilemma played between a TFT player and an UD player, presented as a Stag hunt game

P1/P2	TFT	UD
TFT	500,500	99,106
UD	106,99	100,100

P1/P2	TFT	UD
TFT	nR, nR	(n-1) P+S, (n-1) P+T
UD	(n-1) P+T, (n-1) P+S	nP, nP

The number of iterations (n) is equal to 100. As we can see, in this situation there is a strong Pareto optimal Nash equilibrium formed for TFT, TFT and a strong Pareto sub-optimal Nash equilibrium formed for UD, UD. This result is consistent with the Axelrod's notion of superrationality¹³.

¹² Ibidem.
¹³ Superrationality is a concept of rationality developed by Douglas Hofstadter as a solution to the non-

IV. The swift and imminent retaliation in Tit-For-Tat strategy

The biggest advantage of the TFT strategy is the fact that it promotes cooperation between players. As we have previously shown, a TFT player always cooperates with players willing to cooperate, but, at the same time, he/she is resistant to any attempt to exploit this inclination by defecting opponents. Therefore, this strategy is consistent and very flexible at the same time. However, is it possible that, because this strategy is evolutionary stable and in the long run players applying its rules are better off than others in interactions, it can induce a sort of rudimentary rule among players? Since TFT is applicable only in games with perfect information¹⁴, it is possible for rational players to either foresee the opponents' moves, using the notion of superrationality¹⁵, or, at a certain stage of the iterated game of prisoner's dilemma, to internalise the principles according to which Player 1 is playing. The Axelrod's tournaments have proven that the best strategies are those that are flexible, forcing swift retaliation, and forgiving¹⁶. For every defection of Player 2, Player 1 defects once. The actions of Player 1 as a response to the defection of Player 2 are punitive. Assume that the optimal situation is when both players cooperate. For such a situation the payoffs are an R for each player. Player 2's action results in a deviation of payoffs from this optimal situation. Therefore, the standard yield from two turns for each player is 2R. When Player 2 defects instead of cooperating, he/she then scores a T instead of an R ($T > R$). In the next round Player 1 will for sure play a strategy of defection as it is a normal response to the opponent's defection. If Player 2 chooses to cooperate, he/she will receive the loser's payoff ($S = 0$) in the next round, but if he/she chooses to continue defection, the score will be a P ($R > P > S$ and $P \neq 0$). Therefore, for one defection the loss of expected marginal utility can be expressed in the following way: $(R - P) + (R - T)$. After we include

-iterated prisoners dilemma. In his article, Hofstadter argued that a spontaneous cooperation may emerge even without repetitive interactions among total strangers. When a superrational player is choosing a strategy and is put against another superrational player, he/she bears in mind that in such case they both will come up with a correct solution to a symmetric problem. Therefore, to a symmetric problem stated in the prisoners dilemma, there are only two symmetric solutions: both agents either defect or cooperate. Superrational players will choose to co-operate as only this choice will maximise their payoffs. This notion of rationality is, however, not widely accepted, see: D. Hofstadter, *Dilemmas for Superrational Thinkers, Leading up to a Luring Lottery and Irrationality Is the Square Root of All Evil* [in:] D. Hofstadter, *Metamagical Themas: Questing for the Essence of Mind and Pattern*, Scientific American 1985, p. 739–780.

¹⁴ Or at least in games with perfect information about the preceding moves, since TFT always repeats the opponent's move. The other information about what were the actions of players at earlier stages of the game is irrelevant.

¹⁵ See *supra* note 17.

¹⁶ R. Axelrod, *supra* note 11.

the possibility that Player 2 uses the strategy of cooperation instead of defection in the second move, the loss in the expected marginal utility for the iterated prisoner's dilemma, using the matrix of payoffs presented above, is greater than or equal to 4. Hence, we can estimate a specific, stable quantum of severity in Player 1's retaliation against Player 2. Additionally, the loss in the expected marginal utility is not a direct logical consequence of Player 2's action at the ontological level¹⁷. In legal theory, the *conditiones sine quibus non* for regarding the actions taken against another actor as a punishment are as follows. Firstly, it is only a quantum of severity dealt against an acting agent that can be regarded as a punishment¹⁸. Secondly, it can be considered as a punishment if and only if it is not a direct result of actions at the ontological level¹⁹. On the basis of this analysis, in our opinion, it is possible to treat Player 1's action in turn no. 2 as a sort of a sanction. From what was stated above, it is possible to reconstruct a rudimentary disposition of a norm governing the relation between two agents in a contractual situation depicted in the presented prisoner's dilemma. At the level of the sanctioned norm, it is stated that the players should cooperate, *ergo* fulfil their contractual obligations²⁰. The sanctioning norm's disposition is as follows: if Player 2 defects, Player 1 should defect in the second turn (sanction), and thus inhibit the yield of expected marginal utility of the opponent²¹. The characteristic and genesis of this norm of social behaviour are expressed best by the notion of convention which also explain relationships of actions. Convention can be defined as a regularity in behaviour of members of a given population in a recurring situation. This phenomenon is triggered by the sense of common interest felt by the players and, therefore, contributes to the public utility. What is more, players expect such behaviour from their opponents²². This Humean notion of convention describes accurately the emergence of a certain rule of behaviour between two TFT players. They choose to cooperate because they expect the same from their opponents. It is in their common interest to behave in such a way and a rule of behaviour stems from the regularity in their behavioural actions in the consequent turns of the iterated prisoner's dilemma. Therefore, on the one hand players cooperate due to a convention that spontaneously establishes itself between them, and, on the other hand, they are protected from any exploitation caused by deviation from this rule thanks to a form of a sanction embedded in the TFT strategy and transferred into this convention.

¹⁷ See: W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie Prawo Karne, Część Ogólna*, Kraków, 2010, p. 411–412.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*, p. 110–113.

²¹ *Ibidem*.

²² D. Hume, *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, London 1751, reprint.

As it has been shown above, an iterated version of a prisoner's dilemma can be viewed as a coordination game characterised by: a strong Pareto sub-optimal Nash equilibrium for UD, UD strategies and a strong Pareto optimal equilibrium for TFT, TFT strategies. This is consistent with the characteristics of *the Stag Hunt* game, as neither of the chosen states is more advantageous only to one player, but for both players to play the same strategies. A social norm diverting players from choosing tactics that lead to a Pareto sub-optimal equilibrium can be considered as a form of Nash equilibrium refinement²³. Therefore, in order to obtain a Pareto optimal choice it is necessary to apply certain rules of behaviour to the population lack of consideration. Number n of members of the population following the rules of TFT is immune to external interference. This means that in spite of the fact that the equilibrium for strategies TFT is dominant, this strategy is evolutionary stable²⁴. Additionally, by applying the notion of mixed strategy equilibrium with the following data given:

Table 5. A mixed strategy Nash equilibrium for a TFT and UD strategies in an iterated prisoner's dilemma game

P1/P2	TFT p (1/395)	UD $1-p$ (394/395)
TFT q (1/395)	500,500	99,106
UD $1-q$ (394/395)	106,99	100,100

We receive the following equation: $500p + 99(1-p) = 106p + 100(1-p)$, $p=1/395$. Therefore, in an iterated prisoner's dilemma, a game theoretically rational player will play the mixed strategy of TFT with probability p equal to 1/395 (and UD with probability equal to 394/395). On the one hand, this means that cooperation among players of an iterated prisoner's dilemma can emerge spontaneously without any prior existence of social norms, let alone legal norms defining contractual obligations. Because in any case it is irrational to defect playing against player choosing the Tit-For-Tat strategy, the interests of cooperating parties is well-protected by the chosen strategy itself, remaining indifferent to the

²³ Every refinement in the strict sense must *imply* Nash equilibrium, while the concept of Pareto-optimality does not meet this requirement Pareto optimal outcomes need not be Nash equilibrium (W. Załuski, *op.cit.*, p. 42). However, a Pareto-optimal Nash equilibrium implies a Nash equilibrium, so it has been suggested that a conjunction of the Nash equilibrium concept with that of Pareto-optimality could be regarded as a refinement in the strict sense of the concept of Nash equilibrium, see W. Załuski, *op.cit.*, p. 42–43.

²⁴ *Ibidem*, p. 128–133.

moves of the other player. On the other hand, the rules governing the TFT strategy and the reasons why the UD strategy remains evolutionary stable, indicate the importance of trust in contractual situations.

V. Trust as a pre-requirement of cooperation

Hugo Grotius has formulated *pacta sunt servanda* as a law of nature stemming from the nature of human being²⁵. This principle must be considered as a right second-order principle of justice that simultaneously guarantees the fulfilment of a contractual obligation, by enabling a negative obligation to happen, and by making a positive obligation act in an way expected by the contractual obligation²⁶. Therefore, in order to accomplish the aim of *pacta sunt servanda*, which is to induce cooperation of players who fulfil their obligations, it is necessary to establish trust between them. Thus, for a member of society following the TFT strategy, it is necessary to establish whether he/she deals with another TFT or a UD. If the person deals with a TFT, then he/she acts as if he/she was a Universal Co-operator; and if Universal Defector is encountered, starting from the second turn, then he/she plays as if he/she was a Universal Defector. For a sufficient amount of time and iterations, there appears an obvious advantage in the accumulated marginal utility for TFTs over the UDs. Therefore, the TFTs population in a group may expand. The cooperation among the TFTs is conditioned only by trust, and is vulnerable to intentional or unintentional deviations from cooperation to defection²⁷. In order to establish cooperation among the members of a group, the following requirements must be met: 1) a group of players, 2) for whom it is a common knowledge that every member of this group acts in accordance with the notion of instrumental rationality, 3) perfect information about previous stages of the game, and 4) continuous, iterated interactions among these members. In such conditions a spontaneous cooperation in the game of the prisoner's dilemma is possible. However, it will only last until both players trust each other. This trust is

²⁵ Grotius asserted that: "(F)or those who had associated themselves with some group, or had subjected themselves to a man or to men, had either expressly promised, or from the nature of the transaction must be understood impliedly to have promised, that they would conform to that which should have been determined, in the one case by the majority, in the other by those upon whom authority had been conferred" (H. Grotius, *On the Law of War and Peace*, S.C. Neff (ed.), Cambridge 2012, p. 5).

²⁶ G. Sartor, *Doing Justice to Rights and Values: Theological Reasoning and Proportionality* [in:] *Studies in the Philosophy of Law VII*, Kraków 2011, p. 18–24.

²⁷ For the analysis of another variant of the Tit-For-Tat strategy, namely, the Tit-For-Two-Tats strategy see also text accompanying *supra* notes 15–16. A player acting Tit-For-Two-Tats is immunised to singular errors of the otherwise cooperating opponent.

based on the continuous repetition of the strategy of cooperation and the belief inside both players that the cooperation will not terminate in the next move. If it is known to either of the players that the iterated prisoner's dilemma will terminate in the next move, than one is tempted to choose a strategy of cooperation on the basis of the TFT strategy than to defect, and thus increase a payoff, without the possibility of losing an expected marginal utility of total payoffs from future iterations (as there will be none). In such a situation the game between a TFT and a UD switches back from *the Stag Hunt* game to the classic prisoner's dilemma. This can also be explained by the notion of a discount rate. In the second Axelrod tournament, the number of iterations of the prisoner's dilemma between players was determined by the δ factor²⁸. This value varies from 0 to 1 ($0 < \delta < 1$). δ factor represents both a perceived probability that the game continues for yet another turn, and also the value of future payoffs versus present ones²⁹. The higher the value of δ is, the longer the game will last; and the higher the total value of payoffs will be. This is expressed by the following formula for the yields for a particular strategy for TFT vs. TFT:

$$R + \delta R + \delta^2 R + \delta^3 R + \dots = R(\delta + \delta^2 + \delta^3 + \dots) = R/(1 - \delta).$$

The value of δ is influenced by such factors as the cementation of the group, the number of its members or the interest rate and inflation. The stronger the interdependency of the members of the group and the group's cohesion is, the higher the perceived number of future iteration of interactions for each member will be. The iterated prisoner's dilemma will only occur in smaller groups with stable memberships, where each of the players is forced to interact with others. Therefore, trust may only emerge in such communities where the number of iterations is high. This is because it is necessary to sustain the mutual interactions for a period of time long enough that in case of an eventual opponent's switching to defection, TFT retaliation (or, for example, the *Grimm Trigger*³⁰ retaliation) causes serious inhibition in opponent's payoffs. This would not happen if the interactions were singular or brief, so that the chance of actual inhibiting the score was very low.

VI. Conclusion

The *pacta sunt servanda* rule can emerge spontaneously between members of a certain group. However, there are certain requirements and limitations to this phenomenon.

²⁸ W. Załuski, *op.cit.*, p. 121.

²⁹ It is based on an assumption that the money today is more valuable than the money tomorrow.

³⁰ When after a singular defection of the opponent Player 1 switches her strategy straight to defection until the game ends.

Firstly, it is necessary that the interactions between members of the group are repetitive rather than occasional. In both the synchronous and asynchronous versions of the non-iterated prisoner's dilemma, the fulfilment of contractual obligations is irrational according to a game theory. Additionally, bearing in mind the assumption that all the players know that their opponents act in accordance with the notion of instrumental rationality, players have no incentive to sign a contract without any prior guarantees external to the contract ensuring its fulfilment. In non-iterated games of prisoner's dilemma, players will always stick to their Maximin strategies if there are no institutionalised rules enforcing the fulfilment of contractual duties.

Secondly, the spontaneous cooperation will occur only between players playing an iterated version of the prisoner's dilemma, choosing a Tit-For-Tat strategy or any of its variants. The introduction of the TFT in the Axelrod tournaments made it possible to transform the prisoner's dilemma to *the stag hunt* game between players who choose from either the Universal Defection or the TFT strategy. In the iterated version of the prisoner's dilemma, there is an additional strong Pareto-optimal equilibrium for TFT. When a TFT player plays against a TFT opponent, they both cooperate as if they were both playing a Universal Cooperation strategy. Furthermore, since the TFT strategy is evolutionary stable, it is immune to any invasions of actors applying Universal Defection strategy, or any other. Thirdly, a retaliation of Player 1 against a defecting Player 2, who deviates from the previously established cooperation, can be viewed as a sanction under the *pacta sunt servanda* norm. After a sufficient number of iterations, such a norm of behaviour may spontaneously emerge between two players as they both internalise each other's strategies. Therefore, they become able to anticipate the moves of the opponents. In the TFT strategy, the retaliation occurs as a result of the opponent's defection. This can be described using the concept of a norm that defection is forbidden. If somebody defects, the other party will defect as well. This is a norm of social behaviour which is accepted by players as a convention, and serves as a refinement to the Nash Equilibrium. It diverts the stable state of the game from the Pareto sub-optimal outcome to an optimal one.

Finally, the necessity of repetition of the prisoner's dilemma emphasises the requirement of trust between players. Trust is an attitude of a player who continues cooperation with the opponent for yet another round. The previously explained norm of social behaviour discourages players from defecting, while trust encourages them to continue cooperation. Cooperation will be continuous and long-lasting when the discount rate is high enough. This would happen in a small, interdependent and coherent group, with a stable membership and in conditions of low interest rates and inflation. In these cases it is of a paramount importance to sustain long relationships.

May a State Justify Infringement of Investors' Rights by Financial Necessity?

Streszczenie

Pytanie o możliwość powołania się przez państwo na stan wyższej konieczności mającej usprawiedliwić podjęcie działań naruszających prawa inwestorów jest niezwykle istotne zarówno dla samych przedsiębiorców, jak i dla bezpieczeństwa gospodarczego. Szczególnego znaczenia kwestia ta nabiera w odniesieniu do kryzysu ekonomicznego, jaki miał miejsce w Argentynie na początku XXI wieku. Idea stanu wyższej konieczności wyłączającej bezprawność działania państwa stanowi obecnie normę międzynarodowego prawa zwyczajowego. Aby odpowiedzieć jednak na pytanie zadane w tytule, konieczne jest ustalenie zależności między prawem zwyczajowym a prawem konwencyjnym.

W przypadku spraw przeciwko Argentynie trybunały arbitrażowe nie mogły dojść do porozumienia, która norma prawna, mianowicie art. XI międzynarodowej umowy bilateralnej czy art. 25 *Artykułów o odpowiedzialności państw*, powinna być zastosowana najpierw. Tymczasem od tego rozstrzygnięcia zależał wynik sprawy. Przyjmując, że mimo obowiązującej normy konwencyjnej należy również wziąć pod uwagę prawo zwyczaj-

⁰¹ The author of this paper is a student of the last year of graduate studies at the Faculty of Law and Administration at the University of Warsaw, particularly interested in international investment and commercial law as well as arbitration. She is currently working on her Master's thesis entitled *Binding effect of an arbitration clause on a legal successor*. Moreover, the author participated in several moot court competitions and is an editor of three book publications and author of several academic papers. In 2012 and 2013 she received a scholarship of the Ministry of Science and Higher Education for the best students.

owe, przynajmniej w charakterze pomocniczym, konieczne okazuje się przeanalizowanie poszczególnych przesłanek zawartych w art. 25 *Artykułów o odpowiedzialności państw*. Dodatkowo pojawia się problem możliwości powołania się na stan wyższej konieczności w przypadku sporu między państwem a prywatną spółką, opartego jednakże na prawie krajowym. Wszystkie te rozważania zostały zawarte w niniejszym artykule.

Summary

A question about the possibility to invoke “necessity” in the state’s defense in order to preclude wrongfulness of actions, which infringed investors’ rights, is of paramount importance for entrepreneurs and an economic security; especially during an economic crisis such as the one which took place in Argentina at the beginning of 21st century. The notion of “necessity” precluding wrongfulness constitutes a customary law. In order to answer the question posed in the title of the paper, it is necessary to establish what the interactions between the customary law and the treaty law are. In cases against Argentina, arbitral tribunals could not come to a common conclusion, which norm of law should be applied at first: art. XI of the BIT or art. 25 of *Articles on State’s Responsibility*; whereas the result of the case relied on the answer to that question. If we assume that, apart from a binding treaty norm, customary rule should be taken into account, at least as a supplementary source of law, then it is necessary to analyze particular premises included therein. In addition, it is questionable whether there is a possibility to invoke “state of necessity” in case of a dispute between a state and private company, but when based on national law rather than international. All of these considerations are included in the paper.

I. Introduction

The question posed in the title of this paper is of paramount importance for entrepreneurs trying to broaden their commercial activities and explore new markets. New investments are always connected with a certain risk, which has to be undertaken in order to achieve financial success. Investors’ rights are usually protected by bilateral investments treaties [hereinafter: BITs]. Nevertheless, there are existing tools in public international law, which allow for a state’s non-compliance with its treaty obligations in case of a grave and imminent peril. One of these tools is a possibility to invoke “state of necessity”. The purpose of this paper is to analyze the notion of financial necessity and its influence on investors’ rights, and also to answer the question whether the notion, as understood in

customary international law, may be applied to investor-state disputes. It should be borne in mind that due to the fact that the economic crisis is still affecting many countries, especially in Europe, all financially unstable states could revoke their international obligations because of unfavorable circumstances, which is unimaginable and would have an absolutely detrimental effect on investments. Therefore, a lot of attention will be given to limitations and premises, which a state has to take into consideration in order to invoke "state of necessity" in its defense.

II. Sources of law

In order to analyze the issue of financial necessity, several international documents and judgments will be taken into account. First of all, attention will be given to *Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*² [hereinafter: ARSIWA]. Furthermore, in order to answer the question posed in the title, practice of the International Centre for Settlement of Investment Disputes [hereinafter: ICSID] will be particularly useful. Therefore, *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*³, which establishes ICSID have to be taken into account. Due to the fact that the notion of financial necessity has been at stake mainly in arbitration against Argentina, a proper analysis will be limited to cases such as: *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*⁴ [hereinafter: CMS], *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. The Republic of Argentina*⁵ [hereinafter: LG&E], *Enron Corp. Ponderosa Assets L.P v The Republic of Argentina*⁶ [hereinafter: Enron], *Sempra Energy International v. The Republic of Argentina*⁷ [hereinafter: Sempra] and *Continental Casualty Company v. The Republic of Argentina*⁸ [hereinafter: Continental Casualty]. In these cases, tribunals put utmost attention to the issue. Thus, despite the fact that there are also other cases dealing with the notion such as: *Impregilo S.p.A v. The Republic of Argentina*⁹, *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. The Republic of Argentina*¹⁰ or *National Grid P.L.C. v. The Republic of*

⁰² UN A/RES/56/83 (2001).

⁰³ ICSID [1965] 575 UNTS 159.

⁰⁴ [2005] Case No. ARB/01/8 (ICSID) [CMS].

⁰⁵ [2006] Case No. ARB/02/1 (ICSID) [LG&E].

⁰⁶ [2007] Case No. ARB/01/3 (ICSID) [Enron].

⁰⁷ [2007] Case No. ARB/02/16 (ICSID) [Sempra].

⁰⁸ [2008] Case No. ARB/03/9 (ICSID) [Continental Casualty].

⁰⁹ [2011] Case No. ARB/07/17 (ICSID).

¹⁰ [2008] Case No. ARB/03/5 (ICSID).

Argentina¹¹, due to lack of a profound subject-matter analysis included therein, they will not be addressed.

In addition, findings of the annulment committees should be discussed. These include: *Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of The Republic of Argentina in CMS case*¹², *Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of The Republic of Argentina in Enron case*¹³ and *Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of The Republic of Argentina in Semptra case*¹⁴.

Most BITs do not contain express security exceptions. The United States of America's [hereinafter: the US] BITs, however, contain an example of provisions, which may be invoked in case of necessity¹⁵. Due to the fact that cases mentioned above are based on the BIT concluded between the US and The Republic of Argentina¹⁶, certain provisions included in this document will be studied as well.

III. Argentinean crisis

Before going into a detailed case analysis, it is worth looking at factual circumstances which forced investors to seek protection against arbitral tribunals. Argentinean crisis lasted between 2001 and 2002. During the 1990s Argentina was perceived as a successful country with a developing economy. Foreign investors poured billions of dollars into the country, inflation rates were lower than those in the US at that time and Argentinean economy was one of the fastest growing economies in Latin America¹⁷. However, in 2001 it reached its breaking point. The government announced *inter alia* that its foreign debt could not be paid back¹⁸. The most important cause of the crisis is without doubt fixed exchange rate policy which was intended to be a stabilizing force for the economy after a period of hyperinflation (up to 200%). This policy, essentially, made the peso and dollar interchangeable¹⁹. As a result, measures taken by the government in order to safe

¹¹ [2008] Case No. 1:09-cv-00248-RBW (UNCITRAL).

¹² [2005] Case No. ARB/01/8, Annulment Proceedings (ICSID) [CMS Annulment].

¹³ [2007] Case No. ARB/01/3, Annulment Proceedings (ICSID) [Enron Annulment].

¹⁴ [2007] Case No. ARB/02/16, Annulment Proceedings (ICSID) [Semptra Annulment].

¹⁵ A. Newcombe, L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Austin 2009, p. 488.

¹⁶ *Treaty between the United States of America and Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, 1991, <http://2001-2009.state.gov/documents/organization/43475.pdf>, 24.04.2014.

¹⁷ *Economic crises*, http://ucatlasc.ucsc.edu/sap/argentina_crisis.php, 15.05.2013.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

Argentina from total collapse, infringed foreign investors' rights and resulted in arbitral proceedings mainly under the aegis of ICSID.

IV. The notion of necessity in the light of international law

Several international judicial cases indicate that the notion of necessity precluding wrongfulness is a concept that has been widespread in a legal doctrine for many years.

In the *Russian Indemnity* case from 1912, the government of the Ottoman Empire, to justify its delay in paying its debt, invoked among others the fact that it had been in an extremely difficult financial situation, which it described as *force majeure*²⁰. The arbitral tribunal ruled that the obligation of a state to execute treaties may be weakened "if the very existence of the State is endangered and if fulfilling the international duty is self-destructive"²¹. However, the tribunal eventually concluded that

it would be a manifest exaggeration to admit that the payment of the relatively small sum of 6 million francs owed to the Russian claimants would have imperiled the very existence of the Ottoman Empire or seriously endangered its internal or external situation²².

In the *Case Concerning Various Serbian Loans Issued in France*²³ from 1929, the French government decided to commence proceedings on behalf of its nationals, who were creditors of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes. The SCS government tried to justify non-payment of its obligation with *force majeure* labeled as "state of necessity" caused by World War I²⁴. Despite a stirring speech of the government representative, Permanent Court of International Justice decided that it cannot be maintained that the war itself,

despite its grave economic consequences, affected the legal obligations of the contracts between Serbian Government and the French bondholders. The economic dislocations caused by the war did not release the indebted State from its duty²⁵.

²⁰ Report of the International Law Commission on the work of its fifty – third session, chapter IV State Responsibility, Supplement No. A/56/10 GAOF, p. 81 [Report of the ILC].

²¹ *Russian Indemnity Case* [1912] UNRIIA Vol. XI (Sales No. 61.V.4), para. 394.

²² *Ibidem*.

²³ [1929] PCIJ 20 series A, [Case Concerning Various Serbian Loans].

²⁴ T. Yamada, *State of Necessity In International Law: A Study of International Judicial Cases*, 2005, <http://www.law.kobegakuin.ac.jp/~jura/hogaku/34-4/34-4-04.pdf>, 24.04.2014, p. 124.

²⁵ *Case Concerning Various Serbian Loans*, paras. 39–40.

It can be argued that the Court did not discard the doctrine as such, although it rejected the suit in the light of the facts presented in this case²⁶.

Finally, in 1997 the International Court of Justice [hereinafter: ICJ] made a judgment in the *Gabcíkovo-Nagymaros Project* case between Hungary and Slovakia²⁷. The former one was justifying its wrongfulness, which was a result of discontinuation of work on a barrage system, that is because of ecological necessity. The ICJ carefully considered an argument based on ARSIWA and profoundly analyzed all of its aspects²⁸. It decided that “state of necessity is grounds recognized by customary international law for precluding the wrongfulness of an act inconsistent with an international obligation”²⁹. It observed, moreover, that

the aforementioned premise can only be accepted on an exceptional basis and that “state of necessity” can only be invoked under certain strictly defined conditions which must be thoroughly acceptable and the State concerned is not the sole judge of whether those conditions have been met³⁰.

As a consequence, it is agreed that art. 25 of ARSIWA, which refers to “state of necessity,” is in harmony with customary international law. As indicated above, art. 25 sets up certain premises, which will be discussed in subsequent parts of this paper.

Apart from art. 25 of ARSIWA, agreements concluded between states may contain necessary provisions. One example is the US and Argentina BIT. Art. XI of the BIT that reads as follows:

This Treaty shall not preclude taking measures necessary for the maintenance of public order by either Party, but also those to maintain or restore international peace or security, or to protect its own essential security interests.

At first glance, it is visible that art. XI allows the parties of the treaty to impose restrictions which are necessary to maintain public order etc. But it does not determine particular requirements which have to be met in order to invoke “state of necessity” in defense.

²⁶ T. Yamada, *op.cit.*, p. 125.

²⁷ (Hungary v. Slovakia), Judgment, 1997 ICJ Rep 7, [*Gabcikovo-Nagymaros Project*].

²⁸ Report of the ILC, p. 82.

²⁹ *Gabcikovo-Nagymaros Project*, para. 40.

³⁰ *Ibidem*, paras. 51–52.

V. Problem with the determination which kind of law should be applied at first

One of main problems which arbitrators had to face was the question which kind of law, customary international law or provisions of the USA–Argentina BIT to be precise, should be taken into account at first and should be given utmost attention. One may claim that treaty should primarily be given priority, but in the case of an “internationalized contract”, “it may be that defense will derived from precedents precluding wrongfulness in general international law”³¹.

Different tribunals reached totally different conclusions on that matter. What is more, two awards were annulled because of the wrong answer to that question and one, despite not being annulled, was severely criticized.

1. Self-judging character of art. XI of the US-Argentina BIT?

One of the core Argentinean arguments in each case was that art. XI of the BIT has a self-judging character, thus burden lies solely on Argentina to decide whether the conditions preceding its application has been met. However, tribunals reached a common conclusion that the provision is not self-judging³². It is believed that “this may be derived, inter alia, from the absence of explicit language. (...) Argentina apparently provided no evidence that the self-judging issue was ever discussed during the BIT negotiations”³³.

2. Tribunals' findings

The tribunal in CMS firstly determined that “there is nothing in the context of customary international law or the object and purpose of the Treaty that could on its own exclude major economic crises from the scope of Article XI”³⁴. But, in fact, the tribunal did not go through it. Instead, it considered that art. XI has to be interpreted in the light of customary international law concerning “state of necessity” and concluded that if the conditions set up under international customary law are not met *per se*, Argentina’s defense under art. XI has to be rejected³⁵.

³¹ R. D. Bishop, J. Crawford, *et al.*, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, The Hague 2005, p. 1203.

³² CMS, paras. 366–373; LG&E, para. 212; Enron, paras. 322–342; Sempra, paras. 364–391.

³³ A. Newcombe, L. Paradell, *op.cit.*, p. 492.

³⁴ CMS, para. 359.

³⁵ CMS Annulment, para. 124.

Such a stance was heavily criticized by the annulment committee, which underlined that the tribunal should have reverted to its previous assessment concerning the application of customary international law while examining Argentina's defense in respect to art. XI of the BIT³⁶. It stressed as well that the tribunal should certainly have been more explicit in specifying that "the very same reasons which disqualified Argentina from relying on the customary law of necessity, meant that the measures it took could not be considered "necessary" for the purpose of art. XI either"³⁷. The committee said that requirements under art. XI of the BIT are not the same as those under customary international law as codified in art. 25 of ARSIWA. It also decided that the tribunal made a glaring error of law³⁸ on that point and that assumption that both articles are on the same footing is incorrect³⁹. What is the most important is the fact that the committee stated that defense under art. XI should be analyzed first because successful application of that rule would mean that the treaty had not been violated and that there is no need to examine whether Argentina can invoke necessity as it is described in international customary law. Moreover, "Art. 25 is an excuse which is only relevant once it has been decided that there would otherwise have been a breach of the substantive obligations"⁴⁰. It was pointed out that art. XI of the BIT is *lex specialis* towards art. 25 of ARSIWA. Nevertheless, "despite the fact that these errors could have had a decisive impact on the operative part of the award, it could not have been annulled"⁴¹. What is interesting is that this argumentation was presented, *inter alia*, by Prof. James Crawford, who was a member of the annulment committee and is a "father" of ARSIWA and unquestionable authority in international law.

Furthermore, the tribunal in LG&E drew a conclusion from the decision of the annulment Committee in CMS. The tribunal ruled that it shall apply, firstly, the treaty; secondly, the general international law to the extent that was necessary; and thirdly, the Argentinian domestic law. The tribunal underscored that the claims and defenses mentioned derived primarily from the treaty⁴². In this regard, the tribunal determined that Argentina's "enactment of the *Emergency Law* was a necessary and legitimate measure"⁴³ and allowed invocation of "state of necessity" in its defense.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*, para. 125.

³⁸ *Ibidem*, para. 130.

³⁹ *Ibidem*, para. 131.

⁴⁰ *Ibidem*, para. 129.

⁴¹ *Ibidem*, para. 136.

⁴² LG&E, para. 206.

⁴³ *Ibidem*, para. 240.

In Enron, the tribunal took slightly different approach. It was aware of the opinion of the annulment committee in CMS, but it stated that the problem is that the treaty itself does not deal with elements necessary for invocation of “state of necessity”⁴⁴. Art. XI is indeed very general and without certain limits it is likely that it would be abused. “The treaty thus becomes inseparable from the customary law standard insofar as the conditions for the operation of «state of necessity» are concerned”⁴⁵. This reasoning seems to be quite convincing. The tribunal decided that art. XI of the BIT does not constitute *lex specialis* towards customary law because it is not precise at all and, in fact, it sets up a general rule, which must be complemented by an already existing one under specific requirements of customary law regarding invocation of “state of necessity”⁴⁶.

However, the annulment committee has concluded that, due to the tribunal’s findings that the requirements of art. 25 of ARSIWA are not satisfied in this case and that art. XI of the BIT was inapplicable, an award must be annulled⁴⁷. The committee has announced that both: the tribunal’s decision that Argentina is precluded from relying on art. XI, and the tribunal’s decision that Argentina is precluded from relying on the principle of necessity under customary international law, are tainted by annulable error⁴⁸. In the author’s view, the attitude of the annulment committee is ungrounded because the tribunal did apply art. 25 of ARSIWA and analyzed only art. XI of the BIT. The mere fact that the annulment committee has a different point of view on these matters should not serve as a basis for annulment.

The tribunal in *Sempra* shared the opinion of the tribunal in *Enron* and declared that

the treaty provision is inseparable from the customary law standard insofar as the definition of necessity and the conditions for its operation are concerned given that it is under customary law that such elements have been defined⁴⁹.

The tribunal highlighted that an analysis of the notion of necessity under art. XI of the BIT should reflect the one under customary international law as envisaged in art. 25 of ARSIWA⁵⁰. The tribunal’s conclusions were quite similar to those of the tribunal in *Enron*. It said that it is recognized that a treaty specifically dealing with a given matter will pre-

⁴⁴ Enron, para. 334.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Enron Annulment, para. 405.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Sempra*, para. 376.

⁵⁰ A. Martinez, *Invoking State Defenses in Investment Treaty Arbitration* [in:] *The Backlash against Investment Arbitration*, M. Waibel, A. Kaushal, et al. (ed.), Alphen aan den Rijn 2010, p. 324.

vail over more general rules of customary law. But it also paid attention to the fact that the treaty itself did not deal with the legal elements necessary for the legitimate invocation of “state of necessity” and decided that rules governing such situations will thus be found under customary law⁵¹. As a result, the tribunal referred to the analysis of art. 25 of ARSIWA and reached conclusion that conditions set up therein had not been met⁵².

Nevertheless, some experts claimed that the US and Argentina “had decided to accord investors greater protection than they would receive under customary international law; but also greater protection to states to deal with threats to their national security”⁵³. This position was, of course, once again criticized by the annulment committee, which basically reiterated findings of the previous annulment committees and reached a conclusion that the tribunal had failed to apply appropriate law, namely art. XI of the BIT; and by failing to do so, it committed a manifest abuse of power⁵⁴.

The tribunal in Continental Casualty agreed with both the annulment committee in CMS and the tribunal in LG&E and decided that “in the face of differences between the situation regulated under art. 25 of ARSIWA and that addressed by art. XI of the BIT, the conditions of application are not the same”⁵⁵. Having found that Argentina was excused under art. XI of the BIT, the tribunal did not consider art. 25 of ARSIWA at all. It reflected instead on that country’s reasoning and declared that it could not be based on a “state-of-necessity” defense as understood to be under customary international law. The tribunal then found it more appropriate to rely on the case law of General Agreement on Tariffs and Trade and World Trade Organization panels⁵⁶.

To sum up, different tribunals and committees reached three different conclusions. Some of them applied in fact only art. 25 of ARSIWA and based its analyses on premises included therein. The others decided that the treaty as *lex specialis* shall prevail. The main argument was that provisions contained in art. XI of the BIT and art. 25 of ARSIWA are not the same and in this regard art. XI being treaty provision should be applied at first. Only after reaching the conclusion that Argentina cannot rely on it, may art. 25 of ARSIWA be addressed. The third conclusion is that art. XI of the BIT cannot be treated as *lex specialis* to customary law due to its unclear and incomplete wording. Thus, it should be read together with provisions of customary international law determining the notion of necessity.

⁵¹ Sempra, para. 378.

⁵² *Ibidem*, para. 388.

⁵³ Expert Statement of Professor William Burke-White, Hearing Transcript, Vol. 6, 2006, p. 1100.

⁵⁴ Sempra Annulment, para. 165.

⁵⁵ Continental Casualty, para. 167.

⁵⁶ A. Martinez, *op.cit.*, p. 322; Continental Casualty, para. 192.

3. Application of a *lex specialis* rule

Tribunals and annulment committees in some cases based its considerations on a *lex specialis* rule, although reaching different conclusions. One may say that treaties should prevail over custom and thus the answer to the question: Which kind of law should be applied at first? is easy. However, this is not always the case.

The *lex specialis derogat legi generali* rule is a widely recognized method of interpretation of treaties in international law. Indeed, in practice treaties often act as *lex specialis* in the case of customary law and general principles⁵⁷. But, “the source of the norm whether a treaty, custom or general principle of law is not decisive for the determination of a more specific standard”⁵⁸. Thus, it is equally possible that a customary rule may be more specific than a treaty and in such cases the customary rule prevails over the treaty⁵⁹.

Therefore, in the case in hand it could be argued that the notion of necessity is codified in a much more specific way in art. 25 of ARSIWA (reflecting customary law) than in art. XI of the BIT (a treaty norm).

But, it needs to be noticed that the aforementioned phrase applies only to the rules governing the same situations, and that some tribunals and committees emphasized that the provisions are not the same. Nevertheless, in the author's opinion, despite some differences in wording and application conditions, both provisions refer to the same notion, namely the notion of necessity, and a result of their successful application in both cases would be the same. However, it seems to be incorrect for the author of this paper that in the case in question customary law constitutes *lex specialis* to treaty law, and thus treaty provision should not be applied at all.

4. Other possibilities

Javier El-Hage in his paper defines four possible interactions between treaty norms and customary law. Firstly, he mentions a “full fallback” situation, which allows for an application of customary law when a treaty is silent on a subject. Secondly, he distinguishes a “harmonized fallback” situation when a treaty regulates a matter, but in a unclear way, which allows us to interpret it in a way consistent with a custom. Thirdly, he mentions

⁵⁷ ILC, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Yearbook of the International Law Commission, vol. II, part 2, 2006, [ILC Conclusions]; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, (Nicaragua v. United States of America), judgment, ICJ Rep. 1986, p. 14, p. 137, para. 274.

⁵⁸ ILC Conclusions.

⁵⁹ M. Akehurst, *The hierarchy of the sources of international law*, *British Yearbook of International Law* 47(1)/1975, p. 275.

a “contract-out” situation when a treaty provision is clear enough to exclude application of a custom and “non-interaction” situations when provisions refer to different matters⁶⁰.

Furthermore, he suggests that in the Argentinean cases, tribunals could opt for a second option and apply the treaty, but interpret it in compliance with a customary provision, and the justification being that art. XI of the BIT itself is not clear enough. El-Hage derives such a possibility not from a *lex specialis* rule, but from art. 31(3) (c) of the *Vienna Convention on the Law of the Treaties*⁶¹ [hereinafter: VLCT], which states that while interpreting a treaty “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” should be taken into account. This conclusion is the most convincing one for the author of this paper.

5. Partial conclusions

The aforementioned arguments indicate that the question: which kind of law should be applied at first? is of paramount importance, and very controversial at the same time. Tribunals and committees mainly decided to apply a *lex specialis* rule, but reached different conclusions. Some tribunals stated that customary international law is evidently more specific in regard to the issue of necessity and sets up certain requirements, while art. XI of the BIT is too general. Therefore, there is a need to read art. XI of the BIT in the light of art. 25 of ARSIWA. On the contrary, members of *ad hoc* committees highlighted that treaty law is *lex specialis* to customary law. Some tribunals and committees also stressed that the provisions of the BIT and ARSIWA referring to the notion of necessity are not the same, thus art. 25 of ARSIWA should be treated as a secondary rule of international law.

The problem is, though, that this could lead to the violation of investors' rights. Almost every measure infringing investors' rights could be regarded as necessary for the maintenance of public order. Thus, the most convincing approach for the author of this paper is that of art. XI of the BIT, and, due to its lack of clear and detailed wording, should be interpreted in a light of art. 25 of ARSIWA, according to the art. 31 (3) (c) of the VLCT rather than a *lex specialis* rule. At the same time the author acknowledges that the conclusion may be different if the provisions are not the same. Then, art. XI should be applied at first and art. 25 of ARSIWA should be applied only after the conclusion has been made that a state cannot rely on art. XI due to some other reasons.

⁶⁰ J. El-Hage, *How may tribunals apply the customary necessity rule to the Argentine cases? An analysis of ICSID decisions in respect to the interaction between art. XI of the U.S – Argentine BIT and the customary rule of necessity* [in:] *Yearbook on International Investment Law & Policy 2011–2012* K.P. Sauvant (ed.), p. 480.

⁶¹ Vienna, [1969], 1155 UNTS 331.

Coming to that conclusion, it is justified to analyze further tribunals' findings in respect to the certain premises envisaged in art. 25 of ARSIWA.

VI. Premises included in art. 25 of ARSIWA

1. Essential interests of a state

In subsequent parts of this paper, the author will present attitudes of respective tribunals with regard to the particular premises, starting with the need for the essential interest of a state, that is willing to invoke "state of necessity" in its defense. The tribunal in CMS said that "it is convincing that the crisis was indeed severe and argument that nothing important happened is not tenable"⁶². Essential interests of Argentina were at stake, but, at the same time, the tribunal was not convinced that wrongfulness could be precluded⁶³.

The tribunal in LG&E, in turn, seemed to be convinced that

the conditions from December 2001 constituted the highest degree of public disorder, threatened Argentina's essential security interests and might have resulted in total collapse of the government and the Argentinean State⁶⁴.

In Enron, the tribunal had as well no doubts that the crisis was severe, but, at the same time, it was not convinced that the situation threatened the very existence of Argentina and its independence involving an essential interest of a state⁶⁵.

2. Serious and imminent peril

The tribunal in CMS reiterated that it considered the situation as sufficiently difficult to justify the government's actions undertaken in order to prevent total economic disaster⁶⁶. On the other hand, the tribunal stated that "even a severe economic crisis cannot necessarily be equated with a situation of total collapse, disintegration of society, or a total breakdown of the economy"⁶⁷. Therefore, it can be concluded that the tribunal was not convinced whether an economic crisis can be perceived as a peril. The tribunal said as

⁶² CMS, para. 319.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ LG&E, para. 231.

⁶⁵ Enron, para. 306.

⁶⁶ CMS, para. 322.

⁶⁷ *Ibidem*, para. 354.

well that “in comparison to other crises affecting different countries, it may be observed that they have not led to the derogation of international obligations”⁶⁸. In Enron, the tribunal focused on an issue of control, and decided that there is no evidence that situation had become unmanageable⁶⁹. Of course, the tribunal in LG&E ruled quite to the contrary.

3. The only way to safeguard an essential interest of a state

One of the most controversial requirements set up in art. 25 of ARSIWA is a condition that taking a measure which violates a state's obligation must be the only way to safeguard an essential interest of that state. The views of the parties and experts differed a lot on this matter, ranging from the support of measures imposed by the government to the discussion of a variety of alternatives⁷⁰. After a profound analysis, the tribunal in CMS decided that measures in question were not the only possible ones. The situation was of course not simple and there was no certainty that other measures would be successful. But at least there were other possibilities satisfactory to the tribunal to conclude that the condition has not been met⁷¹. Not surprisingly, the tribunal in LG&E reached absolutely opposite conclusion, stating that an economic recovery package was the only means to respond to the crisis. The tribunal said that “although there may have been a number of ways to draft the economic recovery plan, the evidence presented before the tribunal demonstrated that an across-the-board response was necessary, and the tariffs on public utilities had to be addressed”⁷². In Enron, the tribunal focused on a comparison of Argentina's situation with other economic crises, and concluded that there are always many other possibilities to address such economic disasters. It was not, however, demonstrated by the government representatives that any of them were available in the case in hand⁷³.

Unfortunately, the scarcity of evidence can be observed. Neither Argentina's nor Claimant's evidence is discussed⁷⁴. The result is that “with probable exception for the parties in dispute, who knew the evidence provided, the decisions convey a sense of rigidity in applying this requirement of the law of necessity”⁷⁵.

⁶⁸ *Ibidem*, para. 355.

⁶⁹ Enron, para. 307.

⁷⁰ CMS, para. 323.

⁷¹ CMS, para. 323.

⁷² LG&E, para. 257.

⁷³ Enron, para. 308.

⁷⁴ A. Newcombe, L. Paradell, *op.cit.*, p. 518.

⁷⁵ *Ibidem*.

4. Measure does not seriously impair an essential interest of a state towards which an obligation exists or of the international community

The tribunal in CMS noted that it did not appear that the essential interest of the international community as such was affected in any relevant way, nor might a peremptory norm of international law have been compromised⁷⁶. It was subsequently repeated by the tribunal in Enron⁷⁷ and in Sempra⁷⁸. It seems that all tribunals made an assumption that Argentina allegedly infringed rights of investors rather than of the state towards which an obligation exists, namely the US, and thus this requirement has been met. In fact, it can be argued that the US indirectly suffered because, like every country, it is obliged to protect its nationals; and if their interest is endangered, it *per se* means an impairment of a state's interest. However, tribunals did not decide to deal with that matter more profoundly.

The reasoning in *Enron* and *Sempra*, in particular, suggests, without any excessive elaboration, that since investment obligations are owed to foreign investors, essential interests of the state are somehow to be substituted with interests of investors.

5. International obligation does not exclude possibility to invoke "state of necessity"

This premise was, in fact, almost fully neglected by respective tribunals because all of them concluded that in this case none of the international obligations of Argentina exclude invocation of "state of necessity". Quite to the contrary, art. XI of the BIT literally allows for an adoption of measures necessary in maintaining *inter alia* public order.

6. A state did not contribute to the situation

The above statement is the second most controversial condition. In CMS the tribunal observed that contribution must be "sufficiently substantial and not merely incidental or peripheral"⁷⁹. In the case in hand, the tribunal concluded that "government's policies and their shortcomings significantly contributed to the crisis"⁸⁰. Indeed, external factors appeared as well, although they do not exempt Argentina from responsibility⁸¹. In LG&E the tribunal encumbered Claimant with proving that Argentina had contributed

⁷⁶ CMS, para. 325.

⁷⁷ Enron, para. 310.

⁷⁸ Sempra, para. 352.

⁷⁹ CMS, para. 328.

⁸⁰ *Ibidem*, para. 329.

⁸¹ *Ibidem*.

to the crisis and stated that Claimant failed to convince the tribunal about its assertions. Moreover, the tribunal stated that the attitude adopted by the Argentinean government “had shown a desire to slow down the severity of the crisis by all the means available”⁸². In *Sempra*, the tribunal decided that “the truth is somewhere in the middle, and factors which caused crisis were both internal and external”⁸³, which meant that Argentina, to some extent, had contributed to the crisis⁸⁴.

VII. Argentina Necessity Case

At the end, attention will be given to the very interesting case heard before the German Constitutional Court. On May 8, 2007, Bundesverfassungsgericht handed down a decision on the question whether Argentina could invoke necessity under general international law as an affirmative defense against claims brought in German courts by private individuals for the country's default on sovereign bonds in early 2002⁸⁵. The fact that “state of necessity” precludes the wrongfulness of a breach of international law has not been contested. However, the German Court wondered whether this rule is also applicable to relations between a state and individuals when a private contract, and not international law, is being violated. The Court held that “currently no rule of general international law can exist which gives a State, vis-à-vis private individuals, a right to suspend the performance of due financial obligations arising under private law, by invoking necessity based on insolvency”⁸⁶. Similarly, the same court decided that ICSID practice is not sufficient because in investor – state disputes it is international law that is, allegedly, still infringed rather than private contracts governed by domestic law⁸⁷. Due to the alleged lack of uniformity in the domestic legal orders, the Court considered itself incapable of finding out if necessity constituted a general principle of law, which would allow a state to suspend its payment obligations towards private individuals⁸⁸.

Nevertheless, decision was not unanimous. In her dissenting opinion, Judge Lübbecke-Wolff disagreed with the findings of the majority. In her view, necessity does not only

⁸² LG&E, para. 256.

⁸³ *Sempra*, para. 353.

⁸⁴ *Ibidem*, para. 354.

⁸⁵ S. W. Schill, *German Constitutional Court Rules on Necessity in Argentine Bondholder Case*, <http://www.asil.org/insights070731.cfm>, 15.05.2013.

⁸⁶ *Argentina Necessity Case* [2007] Bundesverfassungsgericht, Judgment, 2 BvM 1/03, para. 29.

⁸⁷ *Ibidem*, paras. 50–53.

⁸⁸ *Ibidem*.

constitute an international custom, but also a general principle of law⁸⁹. What is more, for her, separating international law from and domestic one made little sense as the indebted state, by invoking necessity in the domestic court proceedings, would merely “assert the international law entitlement vis-à-vis the State to give precedence in the case of an emergency to maintain and reestablish its function as a State”⁹⁰. Furthermore, she invoked several cases, e.g. *Russian Indemnity Case*, when arbitrators emphasized that *force majeure* was valid in international law just as it was in private law⁹¹. Nevertheless, she pointed out that there are some significant limitations and courts should apply strict scrutiny in determining whether the facts of a case give rise to economic necessity⁹². In conclusion, when it regards proceeding between states and investors before national courts, there is lack of consensus on the possibility to apply “state of necessity”, especially when the investor does not violate international law such as BIT.

VIII. Conclusions

While answering the question posed in the title, it should be noted that there is a possibility to justify infringement of the investors' rights by financial necessity. But, at the same time, customary international law, should it be applied, sets up certain conditions, which have to be taken into account. In order to use “state of necessity” in the defense there must be an essential interest of a state at stake, serious and imminent peril, measures taken must be the only way to safeguard an essential interest of a state, and they cannot seriously impair an essential interest of a state or of the international community towards which an obligation exists. Furthermore, international obligation cannot exclude possibility to invoke “state of necessity” and a state, which seeks to rely on “state of necessity,” could not contribute to the situation.

Two out of six premises are particularly controversial. Firstly, it is rather hard to imagine a country which does not contribute whatsoever to its economic crisis. Moreover, questions whether measures taken by the government were the only possible means seem to be unresolved. But the most controversial issue is a question: which kind of law should be applied at first – treaty law or customary law? This dilemma arises when a provision of the BIT, which refers to “state of necessity”, is very general and unclear. Some tribunals

⁸⁹ *Ibidem*, paras. 80–93.

⁹⁰ *Ibidem*, para. 90.

⁹¹ *Ibidem*, paras. 82–84.

⁹² *Ibidem*, para. 73.

decided that art. XI of the BIT between the US and Argentina would have to be analyzed in the light of customary international law which is much more specific and contains important limitations. On the other hand, annulment committees and other tribunals concluded that treaty law shall prevail over customary law and is a *lex specialis* to international custom. The assertion is enhanced by the conclusion that provisions included in art. XI of the BIT and art. 25 of ARSIWA are different.

The author of this paper agrees that if these provisions relate to different matters, the treaty should be applied at first, which would factually exclude application of art. 25 of ARSIWA. But she has also some doubts whether these provisions are indeed so much unlike, acknowledging at the same time some differences in their wording. Overall, they refer to the same notion of necessity and their successful application would lead to the same results. Of course, threshold included in art. 25 of ARSIWA is much higher, but this actually enables maintenance some certainty as to the protection of investors' rights.

The author believes that analysis cannot be limited only to the examination of art. XI of the BIT because it is indeed too general, and it would be too easy for a country to invoke "state of necessity" almost in every situation of economical unrest. Therefore, according to art. 31 (3) (c) of the VLCT, treaty provision should be applied, but, at the same time, it should be interpreted in compliance with customary law. The author agrees with Javier El-Hage that this approach should be based on the VLCT provisions rather than a *lex specialis* rule. Nevertheless, an answer to the question is not so clear-cut, which is indicated by completely different conclusions drawn by prominent lawyers serving as arbitrators in cases against Argentina.

At the very end, attention was paid on the Argentina Necessity Case when not international law but private contract was allegedly violated. The German Constitutional Court decided that there is no such rule which would allow for the application of "state of necessity" in country's defense when national courts deal with a private contract. However, the question seems to be unanswered so far because the above ruling has met many critics like Judge Lübke-Wolff, who gave her dissenting opinion on the subject.

To sum up, in some situations a state may invoke necessity in order to justify infringements of investors' rights. Despite the fact that factual conditions were pretty the same in each case against Argentina, the country succeed in invoking necessity in its defense only twice in LG&E and Continental Casualty. Different conclusions depended on different s in respect to the application of law. Undoubtedly, each case should be examined separately and arguments can be found for both sides of the dispute.

Ewolucja międzynarodowego sądownictwa karnego

Abstract

The main aims of this paper are: to present the evolution of international criminal justice as a response to war crimes, to present its current condition, and to characterize the International Criminal Court.

Thorough analysis has been done, in particular, on the subsequent international tribunals and their normative foundations. Most of all, International Criminal Court has been carefully analyzed. Therefore, the process for its establishment, the procedure of the Statute of the International Criminal Court coming into force, as well as its essence and basic issues related to its functioning have been presented. Afterwards, the article discusses the basis for the Court's jurisdiction and its internal organization, too. The text discusses also the range of the jurisdiction of the International Criminal Court, execution of the judgments and the range of possible penalties.

At the end, there was presented a critical evaluation of the functioning of the International Criminal Court in its current form.

Streszczenie

Celem niniejszej pracy jest przedstawienie ewolucji międzynarodowego sądownictwa karnego jako reakcji na zbrodnie wojenne, a także przedstawienie jego obecnego stanu i scharakteryzowanie Międzynarodowego Trybunału Karnego.

¹ Autor jest absolwentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Dogłębnej analizie poddane zostały kolejne trybunały międzynarodowe, ich charakterystyka i podstawy normatywne. Szczególny nacisk został położony na analizę Międzynarodowego Trybunału Karnego. Przedstawiony został proces jego ustanowienia, procedura wejścia w życie Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego, a także istota i podstawowe kwestie związane z funkcjonowaniem MTK. Omówione zostały podstawy orzekania Trybunału oraz jego organizacja wewnętrzna. W niniejszym opracowaniu zaprezentowano również zakres jurysdykcji Trybunału, zagadnienie wykonywania wyroków i zakres możliwych do orzeczenia kar.

Na koniec przedstawiona została krytyczna ocena funkcjonowania Międzynarodowego Trybunału Karnego w jego obecnym kształcie.

I. Wprowadzenie

Zagadnienie odpowiedzialności karnej ma w historii prawa poczesne miejsce. Jej podwaliny możemy znaleźć już w Kodeksie Hammurabiego w postaci reguły: „oko za oko, ząb za ząb”. Właściwy, dynamiczny rozwój odpowiedzialności karnej na płaszczyźnie międzynarodowego prawa karnego² rozpoczyna się dopiero na początku XX wieku jako rezultat uchwalenia Konwencji Haskich dotyczących prawa wojny i prawa wojennego (1899, 1907³) oraz Konwencji Genewskich (1864, 1906, 1929⁴). Jest to więc stosunkowo nowa dziedzina prawa, która w swym głównym nurcie łączy przede wszystkim prawo międzynarodowe publiczne (w tym prawa człowieka), prawo karne materialne oraz prawo karne procesowe.

² Świadomy krzyżowania się zakresów pojęć „prawo międzynarodowe karne” i „prawo karne międzynarodowe” w niniejszej pracy będę posługiwał się jedynie pierwszym z nich, zakładając, że jego treść jest znaczeniowo najbardziej pojemna i odpowiada omawianej tu tematyce, a oznacza w moim rozumieniu: ogół norm regulujących pociąganie do odpowiedzialności karnej jednostki za zbrodnie międzynarodowe. Podobnie: M. Płachta, *Status i pojęcie międzynarodowego prawa karnego*, Prok.iPr. 5/2009, s.11. Por. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1998, s. 3; M. Królikowski, P. Wiliński, J. Izydorczyk, *Podstawy prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 2008, s. 25–34.

³ Konwencje Haskie z 1899 roku: o pokojowym rozstrzyganiu sporów międzynarodowych; o zwyczajach i prawach wojny lądowej. Konwencje Haskie z dnia 18 października 1907 r.: dot. rozpoczęcia kroków nieprzyjacielskich, dot. praw i obowiązków mocarstw i osób neutralnych w razie wojny lądowej, dot. praw i zwyczajów wojny lądowej, o bombardowaniu przez morskie siły zbrojne w czasie wojny, o pewnych ograniczeniach w wykonywaniu prawa zdobycy podczas wojny morskiej.

⁴ Konwencje Genewskie: z 22 sierpnia 1864 roku dot. poprawy losu rannych na polu bitwy; z 6 lipca 1906 roku o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych; z 27 lipca 1929 roku o traktowaniu jeńców wojennych i konwencja o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych.

Wpływ na jej utworzenie i kształtowanie miały w przeważającej mierze ogromne tragedie ludzkie, jakimi są wojny, które powodowały konieczność pociągnięcia do odpowiedzialności osoby winne zbrodniom wojennym i zbrodniom przeciwko ludzkości. Ewolucja prawa międzynarodowego publicznego w dziejach świata przeszła długą drogę od odpowiedzialności państwa do rozszerzenia jej także jednostki. Podobną drogę przeszło sądownictwo międzynarodowe w XX wieku. Ich ewolucja to: od trybunałów, które zostały utworzone, lecz nigdy nie rozpoczęły swojej działalności – trybunały *in statu creandi* (m.in. Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej) do sądów powoływanych w celu jednostronnego osądzenia określonych wydarzeń przez zwycięską stronę konfliktu (Międzynarodowy Trybunał Wojskowy w Norymberdze, Międzynarodowy Trybunał Wojskowy w Tokio); od sądów powoływanych doraźnie, *ad hoc* (Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii i Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy) do stałego Trybunału (Międzynarodowy Trybunał Karny) i trybunałów mieszanych, hybrydowych (m. in. Nadzwyczajne Izby Orzekające w Kambodży, sądy w Kosowie, Specjalne Składy Sądzące ds. Poważnych Zbrodni w Timorze Wschodnim, Specjalny Trybunał dla Sierra Leone, czy Specjalny Trybunał dla Libanu)⁵. Analizując te przeobrażenia, warto zwrócić szczególną uwagę na: okoliczności powołania; podstawy normatywne powołania; skład sędziowski; strukturę organizacyjną; zakres jurysdykcji; najważniejsze cechy, zasady, postępowanie, finansowanie czy karanie w poszczególnych sądach.

Należy także już w tym momencie wyjaśnić pojęcie jurysdykcji uniwersalnej międzynarodowych trybunałów, czyli uprawnienia do wymierzania sprawiedliwości przez uprawniony podmiot prawa międzynarodowego⁶. Pojęcie to współgryzie z dwoma innymi zasadami międzynarodowego prawa karnego, czyli z zasadą terytorialności i komplementarności. Zasada komplementarności, znana także jako zasada subsydiarności, oznacza, że Trybunał działa niejako w zastępstwie państwa w sytuacji odmowy ścigania sprawców zbrodni lub braku środków do wykonywania jurysdykcji. Była to zasada, która determinowała powoływanie trybunałów *ad hoc* i stała się jedną z podstaw działania Międzynarodowego Trybunału Karnego. Z kolei zasada terytorialności oznacza, że państwo wykonuje swą jurysdykcję na obszarze swojego terytorium państwowego. Zasadę tę artykułuje także polski Kodeks karny⁷, stanowiąc w art. 5, że ustawę karną polską stosuje się do sprawcy, który popełnił czyn zabroniony na terytorium Polski, jak również na polskim statku wodnym lub powietrznym, chyba że umowa międzynarodo-

⁵ Podział przyjęty w dziele: M. Królikowski, P. Wiliński, J. Izydorczyk, *Podstawy...*, s. 50–51 aprobowany także przez Michała Płachtę, por. M. Płachta, *Status...*, s. 8.

⁶ M. Królikowski, P. Wiliński, J. Izydorczyk, *Podstawy...*, s. 244.

⁷ Dz.U. 1997 nr 88, poz. 553 z późn. zm.

wa, której Rzeczpospolita Polska jest stroną, stanowi inaczej. Stosowanie polskiej ustawy karnej oznacza w tym wypadku „stosowanie norm sankcjonujących prawa karnego, a także wynikających z przepisów prawa karnego norm sankcjonowanych”⁸. W odniesieniu do głównego pola badawczego niniejszej pracy – Międzynarodowego Trybunału Karnego – w literaturze można znaleźć stwierdzenie, że: „W wyniku kompromisu osiągnięto rozwiązanie równoważące w miarę możliwości koncepcje uniwersalnej jurysdykcji z przesłankami wynikającymi z zasady obywatelstwa i terytorialności”⁹.

Sądownictwo międzynarodowe bardzo często pozostaje w konflikcie z zasadą suwerenności państwowej i zasadą terytorialności. Wprawdzie państwa starają się działać na rzecz dobra ogółu, dążąc do pełnej realizacji zasady sprawiedliwości społecznej i zasady trafnej reakcji karnej na arenie międzynarodowej, lecz to właśnie potencjalne pozbywanie się swych suwerennych kompetencji państwowych było głównym argumentem antagonistów powołania MTK w jego obecnym kształcie¹⁰. Przewodniczący Senackiej Komisji Spraw Zagranicznych Kongresu USA podczas jednego ze swych wystąpień stwierdził, że:

Traktat Rzymski zapewnia objęcie Amerykanów jurysdykcją MTK, mimo iż USA nie podpisały układu ani go nie ratyfikowały. Innymi słowy, zabiera on suwerenność Amerykanów bez ich zgody. Jak narody świata mogą sobie wyobrazić, że Amerykanie będą stać z boku i przyglądać się, jak następuje takie zagarnięcie władzy¹¹.

Słowa te dobitnie pokazują nastroje, jakie panowały przy okazji opracowywania zakresu jurysdykcji MTK i jakie emocje wywoływała ta kwestia w poszczególnych krajach.

Na koniec ustaleń wstępnych chciałbym zaznaczyć, że przedmiotem szczegółowej analizy tego artykułu, w odróżnieniu do sposobu organizacji, nie jest kwestia modelu postępowania przed MTK. Jest to temat zbyt obszerny, który ponadto znalazł już swe dokładne omówienie w literaturze przedmiotu.

⁸ A. Zoll, W. Wróbel, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 141.

⁹ H. Kuczyńska, *Postępowanie przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym*, „Studia Iuridica 2004”, nr 43, s. 55. Autorka powołuje się na poglądy zawarte w pracy: H.-P. Kaul, *Preconditions to the Exercise of Jurisdiction* [w:] *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, A. Cassese (red.), Oxford 2002, s. 587.

¹⁰ Por. M. Plachta, *Prawo i wymiar sprawiedliwości za granicą: Stany Zjednoczone wobec Międzynarodowego Trybunału Karnego*, PS 2002, nr 9, s. 105.

¹¹ M. Plachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, Warszawa 2004, s. 1156 [cyt.za:] M. Rams, *Dopuszczalność wykonywania jurysdykcji przez MTK*, Portal Spraw Zagranicznych, 20.10.2007, <http://www.psz.pl/tekst-6394/Michal-Rams-Dopuszczalnosc-wykonywania-jurysdykcji-przez-MTK>, dostęp: 29.08.2014.

II. Międzynarodowy Trybunał Wojskowy w Norymberdze

Pierwszą instytucją utworzoną do ustalenia indywidualnej odpowiedzialności prawno-karnej jednostek w związku z najpoważniejszymi zbrodniami popełnionymi na arenie międzynarodowej w trakcie II Wojny Światowej był Międzynarodowy Trybunał Wojskowy utworzony w Norymberdze (MTWN). Powołany został decyzją Stanów Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii, Francji i Związku Radzieckiego, zatwierdzoną następnie przez pozostałych członków zwycięskiej koalicji antyhitlerowskiej (19 państw). Podstawami działania Trybunału były wspomniane Konwencje Haskie oraz Genewskie. W trakcie trwającego od 20 listopada 1945 roku do 1 października 1946 roku procesu osądzono w sumie 22 osoby (wymierzono 12 kar śmierci przez powieszenie, 3 osoby skazano na dożywotnie pozbawienie wolności, dwie na 20 lat więzienia, jedną na 15 lat więzienia, jedną na 10 lat więzienia)¹².

Największym wkładem MTWN w rozwój międzynarodowego prawa karnego było określenie podstawowych pojęć, instytucji (m. in. indywidualna odpowiedzialność za zbrodnie) i zasad będących później podstawą funkcjonowania kolejnych Trybunałów. Zasady te zostały sformułowane przez Komisję Praw Człowieka ONZ i zostały przyjęte w Statucie Trybunału Norymberskiego oraz w wyroku tego Trybunału; powszechnie znane są jako „Zasady Norymberskie”. W ten sposób została m.in. zdefiniowana zasada odpowiedzialności za zbrodnie prawa międzynarodowego: „Zasada I. Każda osoba dopuszczająca się czynu, który stanowi zbrodnię w rozumieniu prawa międzynarodowego, jest zań odpowiedzialna i podlega karze”, zasada wyłączająca podwójną karalność w stosunku do odpowiedzialności na podstawie prawa międzynarodowego: „Zasada II. Okoliczność, że czyn stanowiący zbrodnię w rozumieniu prawa międzynarodowego, nie jest karalny w myśl prawa krajowego, nie zwalnia osoby, która czyn popełniła, od odpowiedzialności na podstawie prawa międzynarodowego”, a także zostały wyróżnione i zdefiniowane trzy kategorie zbrodni w prawie międzynarodowym: zbrodnie przeciwko pokojowi:

Zasada VI. A. 1. Planowanie, przygotowywanie, wszczęcie, lub prowadzenie wojny napastniczej lub wojny, będącej pogwałceniem traktatów międzynarodowych, umów lub gwarancji. 2. Uczestnictwa we wspólnym planie lub zмовie dla dokonania któregośkolwiek z powyższych czynów,

¹² Wyrok Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w sprawach głównych niemieckich przestępców wojennych, ogłoszony w Norymberdze dnia 30 września i 1 października 1946 r. [w:] M. Królikowski, P. Wiliński, J. Izydorczyk, M. Znojek, *Prawo karne międzynarodowe. Wybór źródeł*, Warszawa 2010, s. 98–99.

zbrodnie wojenne:

Zasada VI. B. Pogwałcenie praw i zwyczajów wojennych; pogwałcenia te rozumie się przede wszystkim lecz nie wyłącznie: morderstwo, dręczenie lub wywiezienie do pracy przymusowej lub w jakimkolwiek innym celu ludności cywilnej z okupowanego terytorium lub na jego terenie na inne miejsce, mord lub dręczenie jeńców wojennych albo osób na morzu, zabijanie zakładników, rabunek własności publicznej lub prywatnej, rozmyślne i bezcelowe burzenie miast i wsi lub ich niszczenie nieusprawiedliwione wojskową koniecznością

oraz zbrodnie przeciwko ludzkości:

Zasada VI C. Morderstwo, eksterminacja, niewolnicze ujarzmienie, wywiezienie i inne nieludzkie czyny popełnione w stosunku do ludności cywilnej oraz prześladowania z przyczyn politycznych, rasowych lub religijnych w wykonaniu zbrodni przeciwko pokojowi lub jakiejkolwiek zbrodni wojennej¹³.

O ogromnym wkładzie orzecznictwa MTWN i praw ustanowionych przy okazji jego erygowania oraz w trakcie funkcjonowania świadczy fakt, że do momentu utworzenia Międzynarodowych Trybunałów Karnych dla krajów byłej Jugosławii (1993) i Rwandy (1994) tzw. „prawo norymberskie” było najważniejszym źródłem międzynarodowego prawa karnego¹⁴.

III. Międzynarodowy Trybunał Wojskowy dla Dalekiego Wschodu w Tokio

Drugim Trybunałem powołanym *ad hoc* do osądzenia sprawców najpoważniejszych zbrodni dokonanych podczas II Wojny Światowej był Międzynarodowy Trybunał Wojskowy dla Dalekiego Wschodu z siedzibą w Tokio (MTWT). Został powołany decyzją głównodowodzącego armii amerykańskiej na Dalekim Wschodzie, generała Douglasa McArthura, 19 stycznia 1946 roku, a jego pierwsze posiedzenie odbyło się 29 kwietnia 1946 roku. Trybunał został ustanowiony w celu wykonania porozumień z Deklaracji w Kairze (27.11.1943), Deklaracji Poczdamskiej (26.07.1945), Aktu kapitulacji Japonii (2.09.1945) i Konferencji Moskiewskiej (27.12.1945). Jego kształt i metody działania zostały określone przez Podkomisję do spraw Dalekiego Wschodu w Chung-Kinie, w skład

¹³ Tekst Zasad: *Ibidem*, s. 347.

¹⁴ M. Rogacka-Rzewnicka, *Prawo międzynarodowe karne: rozwój i perspektywy sądownictwa międzynarodowego w sprawach karnych*, *Studia Iuridica* 2003, nr 41, s. 219.

której to Komisji wchodziłi przedstawiciele Australii, Chin, Francji, Holandii, Kanady, Nowej Zelandii, USA, Wielkiej Brytanii, ZSRR.

Autorzy Statutu Trybunału powoływali się, podobnie jak autorzy Statutu Międzynarodowego Trybunału Wojennego w Norymberdze, na Konferencje haskie i genewskie. Trybunał urzędował w dawnej siedzibie Japońskiego Ministerstwa Wojny w Tokio; składał się z 11 sędziów, a decyzje były podejmowane większością głosów (w przypadku równej liczby głosów rozstrzygał głos Sędziego Przewodniczącego). Statut Trybunału wyróżniał trzy rodzaje (klasy) zbrodni (art. 5 Statutu MTWT¹⁵): zbrodnie przeciwko pokojowi (Klasa A), zbrodnie wojenne (Klasa B) oraz zbrodnie przeciwko ludzkości (Klasa C); klasy te zostały zaczerpnięte wprost z tzw. „Zasad Norymberskich”. W trakcie prac Trybunału 28 osób, najwyższych dowódców, oskarżono o zbrodnie przeciwko pokojowi, a oprócz tego około 5700 Japończyków oskarżono o zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości. Cesarz Hirohito i rodzina królewska nie zostali jednak osądzeni, gdyż gen. Douglas McArthur i Prezydent Stanów Zjednoczonych Harry Truman chcieli wykorzystać autorytet cesarza dla zyskania poparcia dla swoich reform w Japonii. Ze względu na zniszczenie pod koniec działań wojennych przez Japońskich oficerów wszelkiej dokumentacji i rozkazów w formie pisemnej, Statut MTWT miał zaniżony standard dowodowy i „dopuszczał każdy dowód mogący mieć wartość dowodową” i „nie był związany żadnymi technicznymi regułami dowodowymi” (Artykuł 13 (a) Statutu MTWT).

Główną zasługą obydwu powyżej omówionych Trybunałów było wprowadzenie zasady indywidualnej odpowiedzialności karnej.

IV. Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii

Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii (MTKJ) został utworzony jako odpowiedź społeczności międzynarodowej na walki etniczne, które rozpoczęły się na terenie byłej Jugosławii w 1991 roku. Trybunał Jugosłowiański został erygowany już w 1993 roku, jeszcze w okresie trwania walk, aby osądzić zbrodniarzy winnych masowych mordów tamtejszej ludności. Trybunał został powołany rezolucjami Rady Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych numer 808 (luty 1993) i numer 827 (maj 1993). Trybunał składa się z 16 stałych sędziów (powoływanych na 4 lata z możliwością reelekcji) i z sędziów *ad litem*. Siedzibą Trybunału jest Haga w Holandii. Organami Trybunału są

¹⁵ Źródło: <http://web.archive.org/web/19990222030537/http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imtfech.htm> (The Avalon Project at the Yale Law School), dostęp: 29.08.2014, tłumaczenie własne.

ponadto Prokurator Trybunału oraz Sekretariat. Do jurysdykcji MTKJ należy sądenie oskarżonych o zbrodnie przeciwko ludzkości oraz ludobójstwo.

Statut Trybunału oparty został o prawa i obyczaje wojenne oraz Konwencję Genewskie o ochronie ofiar wojny z 1949 roku¹⁶. Trybunał często opiera swe orzeczenia na IV Konwencji Haskiej o zasadach wojny lądowej (1907), Statucie Międzynarodowego Trybunału Wojskowego (1945), Konwencji o karaniu zbrodni ludobójstwa (1948), Konwencji Genewskich o ochronie ofiar wojny (1949). Skazani w procesie przed MTKJ odbywają swe kary w sądach w całej Europie na mocy umów międzynarodowych podpisywanych przez państwa ONZ. Polska jest jednym z takich krajów (Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Organizacją Narodów Zjednoczonych o wykonywaniu wyroków Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii sporządzona w Hadze dnia 18 września 2008 roku¹⁷). Obecnie (sierpień 2014) tylko jeden ze skazanych przez Trybunał odbywa karę w naszym kraju.

V. Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy

W 1994 roku mocą rezolucji Organizacji Narodów Zjednoczonych numer 955 powołany został Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy z główną siedzibą w Arushy (Tanzania). Zakresem temporalnym objął on czyny popełnione od 1 stycznia 1994 roku do 31 grudnia 1994 roku zarówno przez członków plemienia Hutu, jak i Tutsi. W skład Trybunału wchodzi 14 sędziów powoływanych na czteroletnią kadencję przez Zgromadzenie Ogólne ONZ spośród osób zaproponowanych przez Radę Bezpieczeństwa ONZ. Organami Trybunału są: Izby, Izba Apelacyjna, Urząd Prokuratora (Biuro Prokuratora) oraz Rejestr. Trybunał ma na celu ukaranie osób winnych: zbrodni ludobójstwa, zbrodni przeciw ludzkości i pogwałcenia art. 3 Konwencji genewskich o ochronie ofiar wojny z 1949 roku i II protokołu fakultatywnego do nich. Zakresem jurysdykcji Trybunał obejmuje zbrodnie popełnione na terytorium Rwandy, a także czyny popełnione przez obywateli Rwandy na terytorium państw sąsiednich w 1994 roku.

Ocena trybunałów *ad hoc* przeprowadzona z perspektywy czasu ich powstania skłania do następującej refleksji: dobrze się stało, że trybunały te powstały. Nie tylko były

¹⁶ Konwencje Genewskie z dnia 12 sierpnia 1949 r.: o ochronie osób cywilnych podczas wojny; o traktowaniu jeńców wojennych; o polepszeniu losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu; o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych. Akt końcowy Genewskiej Konferencji Dyplomatycznej; Rezolucje Genewskiej Konferencji Dyplomatycznej.

¹⁷ Dz.U. 2009 nr 137, poz. 1123.

ważnym etapem w ewolucji sądownictwa karnego, lecz przede wszystkim spełniły swą historyczną rolę: osądziły osoby, dla których osądzenia większość z nich powstała. Jednak gdy spojrzymy z szerszej perspektywy, uwzględniając Międzynarodowy Trybunał Karny, trudno oprzeć się wrażeniu, że trybunały *ad hoc* były dalece niedoskonałe. Jednakże fakt, że trybunały te stanowiły poważny wkład w międzynarodowe sądownictwo karne, przesądza o ich pozytywnej ocenie.

VI. Międzynarodowy Trybunał Karny

W 1994 roku Komisja Prawa Międzynarodowego Organizacji Narodów Zjednoczonych zaproponowała utworzenie Międzynarodowego Trybunału Karnego (MTK) – stałego, międzynarodowego sądu karnego. Ostatecznie, po długich pracach przygotowawczych i konsultacjach, w łonie ONZ zwołano Konferencję Dyplomatyczną Pełnomocników rządów w sprawie utworzenia MTK. 17 lipca 1998 w Rzymie uchwalono Statut MTK (Statut), zwany potocznie Statutem Rzymskim. Międzynarodowa prasa określała to wydarzenie jako położenie kamienia węgielnego pod światowe ustawodawstwo¹⁸. Za jego przyjęciem głosowało 120 państw, 7 było przeciw (w tym USA, Izrael, Chiny), a 21 państw wstrzymało się od głosu. Zgodnie z procesem ratyfikacyjnym Statut wszedł w życie 1 lipca 2002 roku (czyli zgodnie z art. 126 Statutu: „pierwszego dnia miesiąca po upływie sześćdziesięciu dni od dnia złożenia Sekretarzowi Generalnemu Organizacji Narodów Zjednoczonych sześćdziesiątego dokumentu ratyfikacji, przyjęcia, zatwierdzenia lub przystąpienia”¹⁹); wtedy też Trybunał formalnie rozpoczął swoją działalność. 11 marca 2003 roku odbyło się inauguracyjne posiedzenie Trybunału. Statut został podpisany przez Polskę 9 kwietnia 1999 roku stosownie do procedury określonej w art. 89 Konstytucji RP²⁰. Ustawa wyrażająca zgodę na ratyfikację umowy międzynarodowej została uchwalona przez Sejm 5 lipca, a przez Senat 2 sierpnia 2001 roku²¹. Ratyfikacja nastąpiła 23 listopada 2001 roku²².

¹⁸ Deutsche Welle, *10 lat Statutu Rzymskiego*, <http://www.dw.de/10-lat-statutu-rzymskiego/a-3491771>, 29.08.2014.

¹⁹ Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r., Dz.U. 2003 nr 78, poz. 708.

²⁰ Dz.U. 1997 nr 78, poz. 483, z późn. zm.

²¹ M. Kaźmierczak, *Aresztowanie i dostarczenie osoby Międzynarodowemu Trybunałowi Karnemu – ekstradycja? Problem nowelizacji Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w związku z ratyfikacją Statutu rzymskiego MTK* [w:] *Prace z nauk penalnych oraz prawa międzynarodowego i europejskiego*, M. Sadowski, P. Szymiec (red.), Wrocław 2010, s. 204.

²² Strona internetowa Międzynarodowego Trybunału Karnego, http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/eastern%20european%20states/Pages/poland.aspx, 29.08.2014.

Międzynarodowy Trybunał Karny wyróżnia szereg cech charakterystycznych występujących łącznie jedynie w tym organie sądowym. Główną cechą Trybunału jest jego komplementarność (subsydiarność) jurysdykcji w stosunku do jurysdykcji krajowej danego państwa (art. 1 Statutu), co oznacza, że dana osoba może być sądzona przez MTK tylko w sytuacji, gdy uprzednio nie będzie już osądzona przez właściwy sąd krajowy. Sytuacja taka może nastąpić, gdy państwo albo nie jest zainteresowane ściganiem danej osoby, albo nie jest w stanie poprawnie przeprowadzić postępowania i jej osądzić. Kolejną cechą MTK, szczególnie widoczną na tle wyżej wspomnianych Trybunałów, jest stałość (permanentność) jurysdykcji. Oznacza to, że Trybunał od dnia jego ustanowienia działa nieprzerwanie i nie jest utworzony w celu osądzenia określonego zdarzenia, czynów w historii, lecz do osądzania określonych kategorii spraw i czynów, jak odpowiednio w przypadku krajowego sądownictwa powszechnego. Nerozerwalnie z tym związaną jest kolejna cecha jurysdykcji Trybunału: nieretroaktywność. Trybunał orzeka tylko w stosunku do czynów, które miały miejsce po wejściu w życie Statutu Rzymskiego (art. 11 ust. 1 i art. 24), czyli po 1 lipca 2002 roku. Trybunał jest organem niezależnym w stosunku do ONZ (stosunki oparte na zasadzie autonomii organizacyjnej reguluje umowa między MTK a ONZ – art. 2) i posiada osobowość prawno-międzynarodową (art. 4). Trybunał jest właściwy w sprawach zbrodni międzynarodowych popełnionych przez osoby fizyczne (art. 25 ust. 1) i nie jest właściwy ani w sprawach odpowiedzialności osób prawnych, ani odpowiedzialności państw (art. 25 ust. 4). Ostatnią ważną cechą, która różnicuje MTK w stosunku do innych organów sądowych, jest brak aparatu przymusu – jego funkcjonowanie w tej materii opiera się na zasadzie współpracy z Państwami-Stronami Statutu MTK.

Podstawą orzekania Trybunału jest według art. 21 Statutu MTK w pierwszej kolejności sam Statut, Elementy Definicji Zbrodni oraz Reguły Procesowe i Dowodowe, w drugiej kolejności ogólne zasady prawa międzynarodowego, a w trzeciej kolejności ogólne zasady wyinterpretowane z porządków krajowych. Elementy Definicji Zbrodni oraz Reguły Procesowe i Dowodowe nie są ani integralną częścią Statutu, ani umową międzynarodową, a jedynie Uchwałą umawiających się Państw-Stron Statutu przyjętą przez Zgromadzenie Państw-Stron. Oba akty mogą być zmieniane na wniosek Prokuratora i każdego z Państw-Stron bezwzględną większością sędziów. Reguły Procesowe i Dowodowe stanowią uszczegółowienie Statutu w zakresie postępowania przed MTK; można nawet pokusić się o stwierdzenie, że między Statutem a Regulami zachodzi relacja podobna do tej, jaka istnieje między prawem karnym materialnym a prawem karnym procesowym²³.

²³ Por. M. Plachta, *Kodeks postępowania Międzynarodowego Trybunału Karnego*, Studia Europejskie 1999, nr 4, s. 87.

Reguły były wzorowane na podobnych regulacjach dotyczących dwóch Trybunałów powojennych i korzystały z ich doświadczenia oraz orzecznictwa²⁴.

Uregulowana w Statucie i w Regułach procedura postępowania (prowadzenie postępowania przygotowawczego, rozprawy, kontroli odwoławczej orzeczeń, a także gwarancje procesowe dla oskarżonych, świadków i poszkodowanych) stanowi połączenie rozwiązań systemu kontynentalnego państw prawa stanowionego i anglosaskiego systemu precedensowego (*common law*)²⁵, z przewagą tego pierwszego²⁶. Statut MTK nie jest w całości stosowany bezpośrednio i nie może samodzielnie stanowić podstawy do pociągnięcia do odpowiedzialności danej osoby. Jednakże większość jego przepisów ma charakter samowykonalny. Na gruncie polskiego porządku prawnego normy Statutu implementuje w głównej mierze wprowadzony w 2004 roku Rozdział 66e (obecna nazwa) Kodeksu postępowania karnego²⁷, a także jego kolejne nowelizacje. Ponadto Statut ma charakter samowykonalny, a jest to przy tym akt mający w Polsce pierwszeństwo przed ustawą krajową (art. 91 Konstytucji), zatem muszą one być stosowane wprost, zaś normy rozdz. 66a realizują tylko wymogi art. 88 Statutu dla ułatwienia współpracy z MTK²⁸.

Zgodnie z art. 34 Statutu organami Trybunału są: Prezydium, Wydział Odwoławczy, Wydział Orzekający i Wydział Przygotowawczy, Urząd Prokuratora oraz Sekretariat. Doświadczenia przewlekłości postępowania w fazie przedprocesowej Trybunałów *ad hoc* skłoniło do utworzenia trzech odrębnych Wydziałów (Izb) odpowiadających poszczególnym stadiom procesu²⁹.

Trybunał składa się z 18 sędziów (art. 36 ust. 1) wybieranych na okres 9 lat bez możliwości reelekcji, chyba że zostali powołani na wakujące stanowisko sędziego albo na okres 3 lat przy ustanowieniu Trybunału (art. 36 ust. 9(a)). Co 3 lata następuje zmiana 1/3 składu sędziowskiego (art. 36 ust. 9(b)). Wyboru sędziów dokonują Państwa-Strony, biorąc pod uwagę podział geograficzny, sprawiedliwą reprezentację obu płci oraz reprezentacje głównych systemów prawnych świata (art. 36 ust. 8(a)). Statut wymaga od potencjalnych sędziów wysokiego poziomu moralnego, bezstronności, uczciwości i kwalifikacji wymaganych w ich Państwach ojczystych do sprawowania najwyższych stanowisk sę-

²⁴ *Ibidem*, s. 85.

²⁵ M. Kaźmierczak, *op.cit.*, s. 205; por. M. Płachta, *Kodeks..., op.cit.*, s.88.

²⁶ Por. P. Chojnacka, *Postępowanie przed Izbą Orzekającą Międzynarodowego Trybunału Karnego – etapy i organizacja postępowania* [w:] *Prace z nauk penalnych oraz prawa międzynarodowego i Europejskiego*, M. Sadowski, P. Szymiec (red.), Wrocław 1999.

²⁷ Art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 8 października 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. 2004 nr 240, poz. 2405).

²⁸ T. Grzegorzczuk, *Współpraca Polski z Międzynarodowym Trybunałem Karnym*, Prok.iPr. 2005, nr 3, s. 13.

²⁹ H. Kuczyńska, *op.cit.*, s. 61.

dziowskich (art. 36 ust. 3(a)). Wymaga się także, aby sędzia posiadał uznane kompetencje w dziedzinie prawa karnego i procedury karnej, a także odpowiednie doświadczenie nabyte w wyniku pełnienia funkcji sędziowskiej, prokuratorskiej, adwokackiej lub innej w postępowaniu karnym albo uznane kompetencje w określonych dziedzinach prawa międzynarodowego (art. 36 ust. 3(b)). Dodatkowo wymagana jest doskonała znajomość i umiejętność posługiwania się przynajmniej jednym językiem roboczym Trybunału (art. 36 ust. 3(c)). Statut zapewnia także niezawisłość sędziowską poprzez zakazanie sędziemu sprawowania jakiegokolwiek innej funkcji zawodowej (art. 40).

Prezydium Trybunału składa się z Prezesa oraz z I i II Wiceprezesa, którzy są wybierani na trzy lata (z możliwością reelekcji) bezwzględną większością głosów (art. 38 ust. 1). Zadaniem Prezydium jest prawidłowe administrowanie Trybunałem oraz wykonywanie innych zadań nałożonych przez Statut (art. 38 ust. 1), jak chociażby zmiana wymiaru czasu pracy sędziów (art. 35 ust. 3), inicjatywa w sprawie zwiększenie liczby sędziów (art. 36 ust. 2 (a)), powoływanie Izby Orzekającej (art. 61 ust. 11) czy wyznaczenie dodatkowego sędziego do orzekania (art. 74 ust. 1)).

Jak stanowi art. 39 Statutu MTK, w ramach Trybunału funkcjonują: Wydział Przygotowawczy (minimum 6 sędziów), Wydział Orzekający (minimum 6 sędziów), oraz Wydział Odwoławczy (Przewodniczący oraz 4 innych sędziów). Wymagane jest, aby skład sędziowski poszczególnych Wydziałów zapewniał odpowiedni poziom merytoryczny w zakresie prawa karnego materialnego i procesowego, a także prawa międzynarodowego (art. 39 ust. 1). Poszczególni sędziowie sprawują swe funkcje w ramach Wydziału przez 3 lata (art. 39 ust. 3). Funkcję orzeczniczą w ramach poszczególnych Wydziałów sprawują Izby (art. 39 ust. 2 (a)). Wyróżnia się: Izbę Przygotowawczą (trzech sędziów lub jednoosobowo), Izbę Orzekającą (trzech sędziów) oraz Izbę Odwoławczą (cały skład Wydziału Odwoławczego). Ponadto możliwe jest tworzenie więcej niż jednej Izby w ramach Wydziałów Przygotowawczego i Orzekającego (art. 39 ust. 2(c)).

Osobliwością tego Trybunału³⁰, wyróżniającą go na tle innych tego typu organów sądowych, jest usytuowanie Urzędu Prokuratora w strukturze Trybunału. Jest to niezależny, odrębny organ Trybunału, który przyjmuje zawiadomienia i inne informacje o zbrodniach, bada je i prowadzi w tym zakresie postępowanie przygotowawcze (art. 42 ust. 1). Prokurator kieruje Pracami Urzędu, mając pełną władzę w sferach zarządzania i czynności administracyjnych (art. 42 ust. 2). Prokurator jest wybierany w głosowaniu tajnym bezwzględną większością głosów Zgromadzenia Państw-Stron na dziewięcioletnią kadencję bez możliwości reelekcji (art. 42 ust. 4). Do pomocy prokuratora przydany jest jeden lub

³⁰ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009, s. 617.

kilku wiceprokuratorów, którzy są uprawnieni do wykonywania wszelkich zadań, jakie może wykonywać w ramach Statutu sam Prokurator (art. 42 ust. 2).

Ostatnim organem MTK wymienianym przez Statut jest Sekretariat. Jest to organ odpowiedzialny za pozaorzeczniczą działalność Trybunału i administrację (art. 43 ust. 1). Kierownikiem Sekretariatu jest Sekretarz wybierany bezwzględną większością głosów sędziów Trybunału (art. 43 ust. 4) na pięcioletnią kadencję z możliwością reelekcji (art. 43 ust. 5). W ramach Sekretariatu funkcjonuje Biuro do spraw Pokrzywdzonych i Świadków, które zajmuje się udzielaniem ochrony, doradztwa i świadczeniem innej pomocy świadkom i pokrzywdzonym występującym przed Trybunałem (art. 43 ust. 6).

Język angielski i francuski są językami roboczymi Trybunału (art. 50 ust. 2), a językami urzędowymi (oprócz tych dwóch) są: arabski, chiński, rosyjski oraz hiszpański (art. 50 ust. 1).

Najbardziej interesującym zagadnieniem w odniesieniu do MTK jest jego zakres jurysdykcji. Zakres podmiotowy kognicji Trybunału (*ratione personae*) obejmuje osoby fizyczne (art. 25 ust. 1), które ukończyły 18 lat (art. 26). Odpowiedzialność może ponieść nie tylko osoba wykonująca polecenia swego zwierzchnika (art. 33 ust. 1), lecz także zwierzchnik, dowódca wojskowy – za czyny popełnione przez jego podwładnych, także w zakresie zaniechań w nadzorze (art. 28). W Statucie została także wyrażona *expressis verbis* zasada irrelewantności funkcji publicznej w odniesieniu do odpowiedzialności karnej (art. 27). Z punktu widzenia zakresu terytorialnego MTK jest właściwy w sprawach obywateli Państw-Stron Traktatu, osób popełniających zbrodnie na terytorium Państwa-Strony (art. 12 ust. 2), a także w sprawie innych osób, gdy o wszczęcie dochodzenia zwróci się Rada Bezpieczeństwa ONZ (art. 13 (b)). Zakres ten ogranicza wyżej wspomniana zasada komplementarności i zakres temporalny (*ratione temporis*), który zgodnie z art. 11 Statutu MTK obejmuje zbrodnie popełnione poczynawszy od dnia wejścia w życie Statutu (1.07.2002) lub od momentu przyjęcia Statutu przez dane państwo. Zakres rzeczowy (*ratione materiae*), zgodnie z art. 5 ust. 1 Statutu MTK, obejmuje: zbrodnie ludobójstwa (na podstawie Konwencji w sprawie zapobiegania zbrodni ludobójstwa z 1948 roku), zbrodnie przeciwko ludzkości, zbrodnie wojenne (na podstawie Konwencji Genewskich o ochronie ofiar wojny (1949) i jej protokołów dodatkowych (1977), deklaracji Haskich o zakazie używania pocisków z gazami oraz rozszerzających lub splaszczających w ciele ludzkim (1899), IV konwencji haskiej o zasadach wojny lądowej (1907), protokołu o zakazie używania broni chemicznej i gazowej (1925)) oraz zbrodnie agresji. Co do zbrodni agresji, pomimo zdefiniowania jej na Międzynarodowej Konferencji w Kappali (Uganda) odbywającej się w dniach od 31 maja do 11 czerwca 2010 roku i dodania do Statutu Rzymskiego art. 8 bis (definicja), art. 15 bis i art. 15 ter (wykonywanie jurysdykcji wobec przestępstwa agresji), Trybunał nadal nie ma możliwości sądenia tej zbrodni, a decyzja w tej sprawie zostanie podjęta dopiero po 1 stycznia 2017 roku (art. 15 bis ust. 3). Jak

wielki jest to problem, można sobie uzmysłwić chociażby w świetle ostatnich wydarzeń na arenie międzynarodowej – aneksji Krymu przez Federację Rosyjską. Gdyby istniała odpowiednia definicja agresji, to byłyby podstawy do pociągnięcia Rosji, a być może także jej przywódców, do odpowiedzialności karnej oraz można byłoby ująć ten akt w jakiegokolwiek ramy prawne.

Najsurowszą karą możliwą do nałożenia przez Trybunał jest więzienie. Najwyższym wymiarem tej kary jest dożywotnie pozbawienie wolności. Możliwe jest także orzeczenie oznaczonej kary do 30 lat pozbawienia wolności (art. 77 ust. 1). Obok tych kar Trybunał może orzec grzywnę lub przepadek mienia, korzyści i aktywów (art. 77 ust. 2). Tak jak w zakresie doprowadzania oskarżonych przed oblicze Trybunału, tak i w zakresie wykonywania wyroków MTK nie posiada żadnych własnych organów policyjnych, wojskowych ani sądowych, a więc jest uzależniony od wywiązywania się przez rządy Państw-Stron ze swych zobowiązań międzynarodowych wynikających ze Statutu. W zakresie wykonywania orzeczeń Trybunał współpracuje z państwami przy pomocy wniosków o współpracę (art. 87). W Polsce wnioski o współpracę, w zależności od stadium postępowania, wykonuje właściwy sąd lub prokurator za pośrednictwem Ministra Sprawiedliwości (art. 611g k.p.k.).

Trybunał finansowany jest ze składek Państw-Stron, funduszy przydzielonych przez ONZ (art. 115), a także z dobrowolnych dotacji Rządów, organizacji międzynarodowych, osób indywidualnych, przedsiębiorstw oraz innych podmiotów (art. 116).

Nawet ten pobieżny i momentami skrótowy opis funkcjonowania MTK skłania do wniosku, że procedowanie Trybunału opisane w Statucie jest nad wyraz kazuistyczne i szczegółowe, co prowadzi do wysokiego stopnia formalizmu. Wiadomym jest, że opracowaniu takiego aktu prawnego, o tak wielkiej doniosłości prawnej i społecznej przyświecało przede wszystkim poszanowanie praw i godności osoby potencjalnie oskarżonej. Istotą tego procesu, jak zresztą każdego innego, w którym ścierają się strony o spornych interesach, jest ważenie pewnych dóbr. W tym wypadku na jednej szali były prawa oskarżonego i zgodność wyroków z faktycznym stanem rzeczy, a szybkość procedowania – na drugiej. Przeważała ta pierwsza opcja. Czy jednak nie dołożono zbyt wielu wysiłków i czy nie „położono zbyt wielkich ciężarów”, aby tak się stało? Odpowiedź powinna być twierdząca, a kwestia odformalizowania i uproszczenia postępowania wydaje się być jedną z pierwszych wartych poruszenia przy rewizji Statutu Rzymskiego.

VII. Wybrane aspekty polskiej regulacji prawnej

Rzeczpospolita Polska od początku odzyskania pełnej suwerenności po 1989 roku jest w czołówce państw dążących do unowocześnienia i usprawnienia systemu międzynaro-

dowego sądownictwa karnego. Przejawem tego był aktywny udział naszego kraju w Konferencji Dyplomatycznej Przedstawicieli Państw-Stron ONZ w Rzymie w 1998 roku, gdzie opracowano Statut Rzymski. Polska była też jednym z pierwszych państw, które ratyfikowały Statut, stając się w ten sposób jednym z państw-założycieli tej instytucji.

Wielkie znaczenie zasad międzynarodowego prawa karnego dla naszego ustrojodawcy spowodowało podniesienie zasady nieprzedawnialności zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości do rangi zasady konstytucyjnej, co znalazło wyraz w Konstytucji RP z 4 kwietnia 1997 roku (art. 43). Uszczegółowienie respektowania przez Polskę międzynarodowego prawa karnego i prawa międzynarodowego, a także odpowiedzialność za przestępstwa popełnione za granicą oraz wiele elementów konfliktu jurysdykcji czy dyrektyw wymiaru kary znalazło swe miejsce w rozdziale XIII k.k. (art. 109–114a). Współpraca międzynarodowa w sprawach karnych odbywa się zgodnie z przepisami rozdziału XIII k.p.k. (Postępowanie w sprawach karnych ze stosunków międzynarodowych), o ile wiążąca Polskę umowa międzynarodowa nie stanowi inaczej (art. 615 § 2 k.p.k.). Współpracę z MTK na zasadzie zupełności reguluje k.p.k. (obecny rozdział 66e), co stanowi spełnienie zobowiązania nałożonego na państwa w art. 88 Statutu Rzymskiego, który obliguje państwa do zapewnienia istnienia w swym porządku prawnym instytucji procesowych umożliwiających realizację postanowień Statutu.

Większość przepisów Statutu może być bezpośrednio stosowana w stosunku do obywateli naszego kraju ze względu na ich samowykonalność. Współpraca Polski z MTK, tak jak w przypadku innych Państw-Stron Statutu, realizowana jest w głównej mierze za pomocą tzw. wniosków o współpracę. Organami, przy pomocy których ta współpraca się odbywa, są: prokurator, sąd okręgowy oraz Minister Sprawiedliwości. Zgodnie więc z art. 611g § 1 k.p.k. wniosek o współpracę, w zależności od stadium postępowania, wykonuje właściwy sąd lub prokurator za pośrednictwem Ministra Sprawiedliwości. Pośrednictwo Ministra Sprawiedliwości w przypadku zarówno wykonywania wniosków o pomoc prawną, jak i kierowania takich wniosków (art. 611g k.p.k.) stanowi o odrębności tej procedury w stosunku do wykonywania europejskiego nakazu aresztowania (Rozdziały 66a i 66b k.p.k.). Procedura postępowania w sprawie wniosku o współpracę obwarowana jest szeregiem gwarancji procesowych dla podejrzanego. Jedną z nich, w zakresie omawianej procedury, jest zasada specjalności, zgodnie z którą nie można ścigać ani karać za inne czyny niż będące podstawą wniosku o przekazanie osoby, bez zgody państwa wydającego (por. art. 611k k.p.k. i art. 101 ust. 1 i 2 Statutu).

Analizując zakres problematyki wynikającej z treści rozdziału 66e k.p.k. oraz prokuratorskich i sądowych regulaminów wewnętrznego urzędowania w zakresie współpracy międzynarodowej w odniesieniu do zasad współpracy polskich organów z MTK, rzuca się w oczy powielanie problemów funkcjonowania międzynarodowego sądownictwa karnego, czyli: daleko posunięta kazuistyka przepisów, mnogość organów zaangażowanych

w całą procedurę (a co za tym idzie przewlekłość postępowania) i odrębność tych procedur w stosunku do innych form współpracy międzynarodowej w sprawach karnych.

VIII. Wnioski

Międzynarodowe sądownictwo karne przeszło długą i trudną drogę w historii wymiaru sprawiedliwości. Mimo że pierwsze sądy powoływane były w trybie przyspieszonym ze względu na okoliczności powojenne i sytuację polityczną, to miały one swój wkład i położyły podwaliny pod współcześnie istniejący system. Sądy regionalne pomimo ograniczonego zakresu przedmiotowego i terytorialnego również miały duży wkład we wprowadzaniu idei trafnej reakcji karnej oraz sprawiedliwości społecznej dla właściwych sobie terenów. Punktem zwrotnym był Statut Rzymski, który doprowadził do ujednolicenia wszystkich dotychczasowych zasad i podsumował postulaty wysuwane przez doktrynę i polityków w zakresie odpowiedzialności jednostki za naruszenie prawa międzynarodowego. Nie można jednak z pełnym przekonaniem stwierdzić, że proces budowy globalnego międzynarodowego sądownictwa jest już pod tym względem ukończony – wciąż brakuje dwóch fundamentalnych elementów do osiągnięcia postawionego sobie celu.

Pierwszym z nich, który prawdopodobnie jeszcze długo będzie pozostawał w sferze dążeń, jest upowszechnienie jurysdykcji MTK wśród narodów świata. Mimo ogromnego postępu, jaki dokonał się od czasów legitymacji MTWN na arenie międzynarodowej (był on powołany na mocy porozumień zwycięskiej koalicji USA, Francji, Wielkiej Brytanii i ZSRR), wciąż 31 państw nie ratyfikowało Statutu Rzymskiego, pomimo jego podpisania³¹. Oznacza to w świetle art. 18 § 1 cz. II Konwencji Wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 roku³², że państwa te nie są związane postanowieniami tego Statutu, aczkolwiek są zobowiązane nie podejmować czynności, które miałyby na celu obalenie przedmiotu lub celu traktatu (tu: Statutu MTK). Zakaz działania na szkodę Traktatu nie obejmuje jednak państw, które poczynią stosowną notyfikację o tym, że nie zamierzają być stroną Traktatu. Na chwilę obecną (sierpień 2014) Izrael, Sudan i USA wystosowały taką notę, co oznacza, że Statut nie ma zastosowania do jednego z głównych supermocarstw na świecie (USA) oraz państw niejednokrotnie oskarżanych o łamanie praw człowieka (Izrael, Sudan). Co więcej, do państw, które mimo podpisania statutu nadal go nie ratyfikowały, należą Rosja

³¹ Zbiory Traktatów ONZ, Sygnatariusze Statutu Rzymskiego, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en, 29.08.2014, tłumaczenie własne.

³² Dz.U. 1990 nr 74, poz. 439.

czy Chiny, czyli kolejni członkowie Rady Bezpieczeństwa ONZ, zaliczani ponadto do światowych potęg politycznych czy gospodarczych. Fakt ten znacznie osłabia legitymację Statutu MTK i jego zastosowanie we współczesnym świecie. Należy więc żywić obawę co do skuteczności funkcjonowania instytucji o tak fundamentalnym znaczeniu bez poparcia największych politycznych i ekonomicznych mocarstw świata³³. W tym kontekście jawi się także m.in. problem amerykańskiego więzienia Guantanamo na Kubie, któremu zarzuca się³⁴ regularne łamanie praw człowieka i torturowanie więźniów, czyli czyny, które na podstawie Statutu byłyby penalizowane. Rozwiązaniem tego problemu mogłoby być upowszechnienie Statutu wśród jak największej liczby państw członkowskich ONZ lub rozszerzenie możliwości pociągania do odpowiedzialności obywateli krajów niebędących Państwem-Stroną Statutu Rzymskiego.

Drugim problemem, którego nie udało się jeszcze rozwiązać Państwom-Stronom Statutu Rzymskiego i społeczności międzynarodowej, jest objęcie przez jurysdykcję MTK zbrodni agresji. Mimo ogromnego sukcesu, jakim było zdefiniowanie tej zbrodni na konferencji w Kappali (uwagi powyżej), państwa i ich przywódcy wciąż mogą *lege artis* dopuścić się tego największego z przestępstw prawa międzynarodowego, nie będąc w jego świetle bezpośrednio za to pociągniętymi do odpowiedzialności karnej. Taka sytuacja wynika z braku woli politycznej społeczności międzynarodowej do wyrzeczenia się wojny jako narzędzia rozwiązywania swoich problemów.

Godna podziwu jest natomiast ewolucja międzynarodowego sądownictwa karnego, która dokonała się w trakcie tworzenia kolejnych Trybunałów. Jest ona widoczna w poszczególnych regulacjach i przejawia się na wielu płaszczyznach, najdobitniej – w regulacji szczegółów instytucjonalnych. Coraz większa ilość szczegółów instytucjonalnych pozwala jednak zaobserwować sytuację podobną do tej, z którą zmagają się państwa prawa stanowionego – nadregulację normatywną (w tym wypadku występującą ze szczególnym nasileniem nadregulację proceduralną), co przeczy fundamentalnemu wymogowi elastyczności³⁵. Z jednej strony zjawisko to gwarantuje (a przynajmniej zwiększa prawdopodobieństwo) przestrzegania swobód i gwarancji, ale z drugiej – ogranicza sprawność organu (systemu), generując przewlekłość. Podobną tendencję można zauważyć w przypadku polskiego systemu prawnego.

Swoisty rozwój przeszło także prawo do obrony realizowane przed MTWN, MTWJ, MTKJ oraz MTKR w odróżnieniu do stosowania tego prawa w postępowaniu przed

³³ Por. M. Rogacka-Rzewnicka, *op.cit.*, s. 225.

³⁴ M.in. raporty Amnesty International, <http://www.amnesty.org/en/library/info/AMR51/003/2013/en>, dostęp: 29.08.2014.

³⁵ M. Płachta, *Kodeks...*, s. 88.

Międzynarodowym Trybunałem Karnym³⁶. Nie chodzi tutaj tylko o możliwość wyboru obrońcy (MTWN i MTWJ), lecz także o możliwość skorzystania z obrońcy z urzędu (MTKJ, MTKR). W odniesieniu do MTK nadal zauważa się stały dysonans między uprawnieniami prokuratora z jednej, a obrońcy z drugiej strony, chociażby w kwestii finansowania. Dlatego też na tym obszarze konieczne są zmiany w celu pełniejszej realizacji prawa do obrony gwarantowanego w art. 14 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych i art. 6 ust. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Warto także zwrócić uwagę na ewolucję podstaw orzekania Trybunałów. Początkowo ich zadaniem była wykładnia prawa humanitarne, lecz w praktyce podyktowanej chęcią utworzenia właściwych norm proceduralnych zaczęto kierować się także prawami człowieka (m.in. MPPOiP) nie tylko w zakresie ochrony proceduralnej, lecz także w celu „określenia, opracowania i interpretacji konkretnych norm prawa humanitarne”³⁷. W ten sposób zostało zinterpretowane m.in. prawo do zatrzymania zgodnego z prawem, prawo do samodzielnej obrony (w czasie procesu i w czasie apelacji)³⁸. Natomiast w aspekcie norm prawa materialnego zdefiniowano w ten sposób m.in.: tortury, gwałt i zbrodnie przeciwko ludzkości, takie jak zniewolenie, prześladowanie i inne nieludzkie czyny oraz określono ich zgodność z prawem³⁹. Dzięki temu, prawa człowieka stały się prawem egzekwowalnym przed międzynarodowymi trybunałami – należy to zaliczyć do niewątpliwych osiągnięć międzynarodowych trybunałów karnych.

Ważny postęp można również zauważyć w zakresie jurysdykcji. Teraz ma ona charakter powszechny, podczas gdy w okresie powojennym była to raczej sprawiedliwość partykularna określana jako sprawiedliwość zwycięzców nad zwyciężonymi⁴⁰. Z zagadnieniem tym związana jest kolejna z płaszczyzn, na których można byłoby usprawnić działanie międzynarodowego sądownictwa karnego – kwestia dopuszczalności wykonywania jurysdykcji przez MTK i inne sądy międzynarodowe. W literaturze przedmiotu wskazuje się bowiem na przesadne ograniczenia jurysdykcji MTK, które są wynikiem zbyt dużego akcentowania zasady komplementarności i zbyt dużej ilości klauzul general-

³⁶ M. Płachta, *Prawo do obrony przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym*, Palestra 2002, nr 9–10, <http://www.palestra.pl/index.php?go=artykul&id=731>, dostęp: 29.08.2014.

³⁷ T. Meron, *Prawo humanitarne a prawa człowieka*, J. Kondratiewa-Bryzik (tłum.), PiP 2009, nr 4, s. 32–33.

³⁸ *Ibidem*, s. 34–38.

³⁹ *Ibidem*, s. 38–44.

⁴⁰ M. Rogacka-Rzewnicka, *op.cit.*, s. 224. Autorka powołuje się na poglądy zawarte w pracy: J. Robert, *La Cour pénale internationale. Rapport général*, raport został przygotowany na Międzynarodowy Kongres Prawa Porównawczego, który odbył się w dniach 14–20 lipca 2002 roku w Brisbane (Australia) i wydany na płycie CD, s. 3.

nych w przepisach Statutu Rzymskiego pozwalających na nadużycia ze strony państw o wysokiej pozycji we współczesnym świecie⁴¹.

Nie bez znaczenia dla światowego pokoju i rozwoju międzynarodowego prawodawstwa była ewolucja definicji zbrodni międzynarodowej. Jeszcze w Konwencji haskiej z 1907 roku i przepisach Traktatu Wersalskiego za zbrodnie uważano czyny naruszające prawa lub zwyczaje wojenne, jednak już w latach trzydziestych XX wieku dochodziły do tego postulaty objęcia pojęciem zbrodni również terroryzmu międzynarodowego⁴². Obecnie do kategorii zbrodni międzynarodowej zalicza się: zbrodnie wojenne, zbrodnie przeciwko ludzkości, zbrodnie przeciwko pokojowi oraz zbrodnie ludobójstwa⁴³, co dobitnie pokazuje, jak wielki postęp dokonał się na tej płaszczyźnie definicyjnej udziałem międzynarodowego prawodawstwa.

W ciągu pierwszych dziesięciu lat swojego funkcjonowania (2002–2012) MTK okazał się raczej sprawną i funkcjonalną instytucją. Z 16 spraw, które zostały wniesione do Trybunału, 6 doszło do fazy sądowej. Sędziowie MTK wydali 22 nakazy aresztowania i zostało dokonanych 6 aresztowań. Trybunał wydał 9 wezwań do stawienia się, z których wszystkie zostały uhonorowane. 14 marca 2012 roku MTK wydał swój pierwszy wyrok: w sprawie *Prokurator v. Thomas Lubanga Dyilo* oskarżony został uznany za winnego zbrodni wojennych, werbowania i wcielania dzieci poniżej 15 roku życia do sił zbrojnych i używania ich do aktywnego udziału w działaniach wojennych⁴⁴.

Ciekawe jest także szerokie zaangażowanie ofiar zbrodni w postępowanie przed Trybunałem. W latach 2005–2009 w zaledwie 6 sprawach (sprawy: *Lubanga*, *Katanga/Ngudjolo*, *Kony et al.*, *Abu Garda*, *al-Bashir*, *Demba*) do uczestniczenia w procesie zostało dopuszczonych 760 pokrzywdzonych (na 2035 wniosków)⁴⁵. Warty uwagi jest także stały i systematyczny wzrost budżetu MTK na przestrzeni lat: z 66.9 mln euro w 2005 roku do 103.6 mln euro w 2010 roku⁴⁶. Niewątpliwie świadczy to o stabilności finansowej, niezależności, rozwoju i wzroście znaczenia tej instytucji.

Dotychczas przed Trybunałem przedstawiono 21 spraw przeciwko poszczególnym osobom dotyczących 8 różnych sytuacji, konfliktów⁴⁷. Wydano 3 wyroki w I instancji,

⁴¹ M. Rams, *op.cit.*

⁴² M. Rogacka-Rzewnicka, *op.cit.*, s. 221.

⁴³ *Ibidem*, s. 221.

⁴⁴ Strona obchodów dziesięciolecia Międzynarodowego Trybunału Karnego (10 Years Fighting Impunity) <http://www.10a.icc-cpi.info/index.php/en/about>, dostęp: 29.08.2014.

⁴⁵ International Criminal Court, *Behind the Scenes. The Registry of the International Criminal Court*, Entschede 2010, s. 16.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 57.

⁴⁷ Strona MTK, http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx, 29.08.2014.

natomiast nie został wydany żaden wyrok w II instancji. Można byłoby zatem powiedzieć, że organ ten mimo olbrzymich nakładów finansowych nie funkcjonuje należycie. Należy jednak wziąć pod uwagę fakt, że dopóki wszystkie (albo chociaż prawie wszystkie) państwa świata nie ratyfikują Statutu Rzymskiego, dopóty Trybunał, nawet przy optymalnych założeniach samego procedowania, nie będzie w pełni skuteczny. Tak więc kwestia ogólnej oceny funkcjonowania MTK musi uwzględniać uwarunkowania polityczne, które w tym wypadku obniżają skuteczność MTK. Choć zabrzmi to może trywialnie, trzeba jednak jasno powiedzieć: nawet najlepsze od strony merytorycznej prawo nie będzie dobre dla społeczeństwa, jeśli nie będzie egzekwowane.

W związku z powyższymi ustaleniami należy zauważyć, że wprowadzie międzynarodowe Trybunały funkcjonują coraz lepiej, lecz ich postępowanie jest wysoce sformalizowane, kazuistyczne i długotrwałe (*vide* MTK). Niezwykle rzadko podkreśla się, że model postępowania oraz sposób organizacji MTK jest efektem negatywnych doświadczeń w funkcjonowaniu poprzednich organów orzekających w podobnych sprawach (trybunały *ad hoc*), a także stanowi próbę pogodzenia różnych porządków prawnych państw, które miały decydujący wpływ na ukształtowanie się statusu MTK. Warto postawić zatem pytanie: czy organ ten jest zdolny do spełniania swoich funkcji pomimo niezwykle skomplikowanych procedur, oportunistycznego doboru spraw i wpływu czynników politycznych na faktyczny zakres jego jurysdykcji, a nawet na sam wybór sędziów Trybunału? Z perspektywy ponadstuletniej ewolucji międzynarodowego sądownictwa karnego, w kontekście doświadczeń związanych ze stosunkowo częstą zmianą statusu tego organu wydaje się, że ewolucja zmierza w dobrym kierunku. Jediną wątpliwość budzi to, czy owa ewolucja nie jest zbyt wolna w stosunku do rozwoju spraw na arenie międzynarodowej.

Mając na uwadze powyższe problemy oraz chcąc sformułować kategoryczną i jednoznaczną odpowiedź, należałoby stwierdzić, że MTK jest potencjalnie zdolny do spełniania swych funkcji, lecz wiele zależy od balansowania systemami prawa stanowionego i anglosaskiego prawa precedensu oraz ostatecznej relacji pomiędzy *law in books* i *law in action*. Świadomość tego, jak długą drogę społeczność międzynarodowa przeszła od okresu I Wojny Światowej do czasów obecnych, pozwala żywić nadzieję, że państwa odejdą od swych partykularnych interesów i dojdą do porozumienia w najważniejszych dla międzynarodowego prawa karnego kwestiach – wraz ze wzrostem zagrożenia terrorystycznego uwidacznia się bowiem potrzeba istnienia ponadnarodowego systemu ścigania i sądownictwa karnego. Trzeba pamiętać, że utworzenie MTK nie jest osiągnięciem ostatecznego celu, lecz tylko ważnym etapem w rozwoju współczesnego międzynarodowego sądownictwa, i tak jak szybko zmienia się świat, tak powszechny wymiar sprawiedliwości na arenie międzynarodowej powinien nad tymi zmianami nadążać.



IPP UJ

Numer 3/2014 (16)

www.ipp.tbsp.pl

ISSN-1689-9601